Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1810.

Fortsetzung.

des 2. Titels im 12. Buch.

De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

§. 798 b.

Heutiger Gebrauch des außergerichtlichen Eides. In wiefern kann ein deferirter Eid wegen erweislichen Meineides angefochten werden?

Ob der außergerichtliche Eid noch jetzt Statt finde, ist unter den praktischen Rechtsgelehrten streitig. Einige [1]) wollen daran zweifeln, weil er auf einem Grunde beruhe, der der gesunden Vernunft, und den Principien einer reinern Religion zuwiderlaufe. Andere [2]) hingegen vertheidigen den heutigen Gebrauch der außergerichtlichen Eidesdelation, als der Vernunft und natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß, und diese Meinung verdient unstrei-

1) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *van* LEEUWEN Cens. for. P. II. Lib. II. cap. 29. nr. 29. nr. 32. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 41.

2) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 5. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 7. §. 35. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 14. KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. 1. §. 6—10. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4511. in fin.

unstreitig den Vorzug. Mag es immerhin so gewöhnlich nicht seyn, außergerichtlich durch Entscheidungseide Rechtssachen abzuthun, so steht doch der Zulässigkeit derselben schlechterdings kein Grund entgegen, aus welchem sie mit Recht bezweifelt werden könnte. Es steht ja den Partheyen frey, durch außergerichtlichen Vergleich einen Rechtsstreit beyzulegen; warum sollte es ihnen denn nun nicht mehr erlaubt seyn, sich zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreits der außergerichtlichen Eideszuschiebung zu bedienen? Denn daß es für eine unrichtige Ansicht der Sache zu halten sey, wenn man sich den Gedanken, in dem Fluche des Meineides, welchen der Falschschwörende sich aufbürdet, einen Ersatz für den Verlust des Seinigen zu finden, als die erste und ursprüngliche Absicht dieser Eidesart vorstellt, ist schon oben gezeigt worden. Aus diesen Gründen hat es daher auch keinen Zweifel, daß sowohl von der *actio in factum ex iureiurando*, als der *exceptio iurisiurandi* noch heut zu Tage Gebrauch gemacht werden könne [3]). Jene ist eine prätorische Personalklage [4]), welche demjenigen zusteht, der einen ihm außergerichtlich zugeschobenen Eid [5]) in der Maa-

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57—61. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 742. ff.

4) Wenn gleich die vorige Klage, wegen welcher geschworen worden, eine Realklage ist. In dem §. 8. *I. de action.* wird sie ausdrücklich unter die prätorischen Personalklagen gezählt. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 284.

5) *L. 28. §. 10. D. h. t.* Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus *extra iudicium*,

Maaße, wie er von ihm verlangt worden [6]), entweder wirklich geſchworen hat, oder wenigſtens zur Ableiſtung deſſelben bereit war, dem aber dieſer Eid von ſeinem Gegner erlaſſen worden iſt [7]), nicht minder ſeinem Erben, oder wer ſonſt wegen der Sache, worüber geſchworen worden, in ſeine Rechte eingetreten iſt [8]). Sie wird wider denjenigen angeſtellt, welcher den Eid außergerichtlich zugeſchoben hat, ſo wie gegen deſſelben Erben und Nachfolger, welcher wegen des beſchwornen Gegenſtandes in ſeine Verbindlichkeiten getreten iſt [9]); und geht auf die Erfüllung desjenigen, was der Kläger beſchworen hat, oder zu beſchwören

cium, actore inferente, iuraverit, ſe dare non oportere, et actor, reo deferente, dare ſibi oportere, vel contra: poſterior cauſa iurisiurandi potior habebitur. Nec tamen praeiudicium periurio alterius fiet: quia non quaeritur, an dare eum oportet, ſed an actor iuraverit.

6) *L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. h. t.* Iurare autem oportet, *ut delatum eſt iusiurandum.* Caeterum — non erit ratum habendum iusiurandum.

7) *L. 9. §. 1. D. eod.* Iureiurando dato, vel remiſſo, reus quidem adquirit exceptionem ſibi, aliisque: actor vero *actionem* adquirit: in qua hoc ſolum quaeritur, *an iuraverit*, dari ſibi oportere; vel, *cum iurare paratus eſſet, iusiurandum ei remiſſum ſit.* Man vergleiche noch damit *L. 6. D. eodem.* wo Paulus ſagt: *Remittit iusiurandum*, qui deferente ſe, cum paratus eſſet adverſarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate ſuscepti iurisiurandi. Quodſi non ſuscepit iusiurandum, licet poſtea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remiſſum: nam, quod ſusceptum eſt, remitti debet.

8) *L. 7. et 8. D. h. t.*

9) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist [10]).

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts- oder Eigenthumsklage ist, so wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht [11]). Nur darin unterscheidet sich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch desselben facta zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet [12]). Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. *de actionib.* L. 9. §. 1. D. h. t. L. 8. Cod. de reb. cred. et iureiur.

11) L. 11. §. 3. D. h. t. Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, *id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere:* perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. h. t. Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: *caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen diesen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man setze, sie kommt in die Hände eines Dritten, welcher desselben facta nicht prästiren darf; gegen diesen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum est* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wissentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach sich zieht, so geht doch die actio in factum wegen des geschwornen Eides, auch selbst im Falle eines vorsätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieser Klage besteht darin, daß der Kläger sich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeschwornen, oder ihm von dem Beklagten erlassenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rücksicht ihres Gegenstandes gedenckt [17]). Ist jener Grund erwiesen, so ist ein weiterer Beweiß der Forderung selbst nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde si cum possideret, et deferente petitore rem suam iuravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam esse iuravi, restitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man sehe den 6. Theil dieses Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item si quis, postulante adversario, iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur: iustissi.

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist [10]).

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts- oder Eigenthumsklage ist, so wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht [11]). Nur darin unterscheidet sich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch desselben facta zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet [12]). Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. *de actionib.* L. 9. §. 1. D. *h. t.* L. 8. Cod. *de reb. cred. et iureiur.*

11) L. 11. §. 3. D. *h. t.* Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, *id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere:* perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. *h. t.* Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: *caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen dieſen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man ſetze, ſie kommt in die Hände eines Dritten, welcher deſſelben facta nicht präſtiren darf; gegen dieſen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum eſt* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wiſſentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach ſich zieht, ſo geht doch die actio in factum wegen des geſchwornen Eides, auch ſelbſt im Falle eines vorſätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieſer Klage beſteht darin, daß der Kläger ſich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeſchwornen, oder ihm von dem Beklagten erlaſſenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rückſicht ihres Gegenſtandes gedenckt [17]). Iſt jener Grund erwieſen, ſo iſt ein weiterer Beweiß der Forderung ſelbſt nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde ſi cum poſſideret, et deferente petitore rem ſuam iuravit, conſequenter dicemus, amiſſa quoque poſſeſſione, ſi is, qui detulit iusiurandum, nactus ſit poſſeſſionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam eſſe iuravi, reſtitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man ſehe den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item ſi quis, poſtulante adverſario, iuraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur: iuſtiſſi.

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist [10]).

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts- oder Eigenthumsklage ist, so wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht [11]). Nur darin unterscheidet sich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch desselben facta zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet [12]). Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. *de actionib.* L. 9. §. 1. D. h. t. L. 8. Cod. de reb. cred. et iureiur.

11) L. 11. §. 3. D. h. t. Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, *id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere:* perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. h. t. Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: *caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen diesen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man setze, sie kommt in die Hände eines Dritten, welcher desselben facta nicht prästiren darf; gegen diesen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum est* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wissentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach sich zieht, so geht doch die actio in factum wegen des geschwornen Eides, auch selbst im Falle eines vorsätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieser Klage besteht darin, daß der Kläger sich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeschwornen, oder ihm von dem Beklagten erlassenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rücksicht ihres Gegenstandes gedenckt [17]). Ist jener Grund erwiesen, so ist ein weiterer Beweiß der Forderung selbst nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde si cum possideret, et deferente petitore rem suam juravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam esse iuravi, restitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man sehe den 6. Theil dieses Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item si quis, postulante adversario, iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur: iustissi.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1810.

Fortsetzung.

des 2. Titels im 12. Buch.

De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

§. 798 b.

Heutiger Gebrauch des außergerichtlichen Eides. In wiefern kann ein deferirter Eid wegen erweislichen Meineides angefochten werden?

Ob der außergerichtliche Eid noch jetzt Statt finde, ist unter den praktischen Rechtsgelehrten streitig. Einige [1]) wollen daran zweifeln, weil er auf einem Grunde beruhe, der der gesunden Vernunft, und den Principien einer reinern Religion zuwiderlaufe. Andere [2]) hingegen vertheidigen den heutigen Gebrauch der außergerichtlichen Eidesdelation, als der Vernunft und natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß, und diese Meinung verdient unstrei-

1) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *van* LEEUWEN Cens. for. P. II. Lib. II. cap. 29. nr. 29. nr. 32. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 41.

2) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 5. not. 1. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 7. §. 35. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 14. KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. 1. §. 6—10. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4511. in fin.

unstreitig den Vorzug. Mag es immerhin so gewöhnlich nicht seyn, außergerichtlich durch Entscheidungseide Rechtssachen abzuthun, so steht doch der Zulässigkeit derselben schlechterdings kein Grund entgegen, aus welchem sie mit Recht bezweifelt werden könnte. Es steht ja den Partheyen frey, durch außergerichtlichen Vergleich einen Rechtsstreit beyzulegen; warum sollte es ihnen denn nun nicht mehr erlaubt seyn, sich zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreits der außergerichtlichen Eideszuschiebung zu bedienen? Denn daß es für eine unrichtige Ansicht der Sache zu halten sey, wenn man sich den Gedanken, in dem Fluche des Meineides, welchen der Falschschwörende sich aufbürdet, einen Ersatz für den Verlust des Seinigen zu finden, als die erste und ursprüngliche Absicht dieser Eidesart vorstellt, ist schon oben gezeigt worden. Aus diesen Gründen hat es daher auch keinen Zweifel, daß sowohl von der *actio in factum ex iureiurando*, als der *exceptio iurisiurandi* noch heut zu Tage Gebrauch gemacht werden könne [3]). Jene ist eine prätorische Personalklage [4]), welche demjenigen zusteht, der einen ihm außergerichtlich zugeschobenen Eid [5]) in der Maa-

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57—61. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 742. ff.

4) Wenn gleich die vorige Klage, wegen welcher geschworen worden, eine Realklage ist. In dem §. 8. *I. de action.* wird sie ausdrücklich unter die prätorischen Personalklagen gezählt. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 284.

5) *L. 28. §. 10. D. h. t.* Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus *extra iudicium*,

Maaße, wie er von ihm verlangt worden [6]), entweder wirklich geſchworen hat, oder wenigſtens zur Ableiſtung deſſelben bereit war, dem aber dieſer Eid von ſeinem Gegner erlaſſen worden iſt [7]), nicht minder ſeinem Erben, oder wer ſonſt wegen der Sache, worüber geſchworen worden, in ſeine Rechte eingetreten iſt [8]). Sie wird wider denjenigen angeſtellt, welcher den Eid außergerichtlich zugeſchoben hat, ſo wie gegen deſſelben Erben und Nachfolger, welcher wegen des beſchwornen Gegenſtandes in ſeine Verbindlichkeiten getreten iſt [9]); und geht auf die Erfüllung desjenigen, was der Kläger beſchworen hat, oder zu beſchwören

cium, actore inferente, iuraverit, ſe dare non oportere, et actor, reo deferente, dare ſibi oportere, vel contra: poſterior cauſa iurisiurandi potior habebitur. Nec tamen praeiudicium periurio alterius fiet: quia non quaeritur, an dare eum oportet, ſed an actor iuraverit.

6) *L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. h. t.* Iurare autem oportet, *ut delatum eſt iusiurandum.* Caeterum — non erit ratum habendum iusiurandum.

7) *L. 9. §. 1. D. eod.* Iureiurando dato, vel remiſſo, reus quidem adquirit exceptionem ſibi, aliisque: actor vero *actionem* adquirit: in qua hoc ſolum quaeritur, *an iuraverit*, dari ſibi oportere; vel, *cum iurare paratus eſſet, iusiurandum ei remiſſum ſit.* Man vergleiche noch damit *L. 6. D. eodem.* wo Paulus ſagt: *Remittit iusiurandum*, qui deferente ſe, cum paratus eſſet adverſarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate ſuscepti iurisiurandi. Quodſi non ſuscepit iusiurandum, licet poſtea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remiſſum: nam, quod ſusceptum eſt, remitti debet.

8) *L. 7. et 8. D. h. t.*

9) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist [10]).

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts, oder Eigenthumsklage ist, so wird die actio ex iureiurando gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht [11]). Nur darin unterscheidet sich die actio in factum ex iureiurando von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid deferirt hat, noch auch desselben facta zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet [12]). Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. *de actionib.* L. 9. §. 1. D. *h. t.* L. 8. Cod. *de reb. cred. et iureiur.*

11) L. 11. §. 3. D. *h. t.* Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, *id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere:* perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco *utilis actio* mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. *h. t.* Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: *caeterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

Eid deferirt hatte. Daß gegen dieſen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel [13]). Allein man ſetze, ſie kommt in die Hände eines Dritten, welcher deſſelben facta nicht präſtiren darf; gegen dieſen hat die Klage nicht Statt [14]). *Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum eſt* [15]). War die Hauptklage von der Art, daß ein wiſſentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach ſich zieht, ſo geht doch die actio in factum wegen des geſchwornen Eides, auch ſelbſt im Falle eines vorſätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache [16]). Der Hauptvortheil dieſer Klage beſteht darin, daß der Kläger ſich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeſchwornen, oder ihm von dem Beklagten erlaſſenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rückſicht ihres Gegenſtandes gedenckt [17]). Iſt jener Grund erwieſen, ſo iſt ein weiterer Beweiß der Forderung ſelbſt nicht nöthig [18]).

13) *L. 11. §. 1. D. h. t.* Proinde ſi cum poſſideret, et deferente petitore rem ſuam iuravit, conſequenter dicemus, amiſſa quoque poſſeſſione, ſi is, qui detulit iusiurandum, nactus ſit poſſeſſionem, *actionem in factum* ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam eſſe iuravi, reſtitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) *L. 10. D. h. t.*

16) *L. 30. pr. D. h. t.* Man ſehe den 6. Theil dieſes Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) *§. 11. I. de actionib.* Item ſi quis, poſtulante adverſario, iuraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur: iuſtiſſi.

Die *exceptio iurisiurandi* hingegen kommt demjenigen zu statten, an welchen Ansprüche gemacht worden sind, wenn er, dem Antrag seines Gegners gemäß, ausser gerichtlich geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, oder daß sein Gegner an der Sache, welche er besitzt, keine Ansprüche habe [19]). Sie wird dem Deferenten sowohl, als demjenigen entgegengesetzt, welcher in dessen Rechte tritt, wenn jener oder dieser dennoch die vermeintlichen Ansprüche gerichtlich verfolgen sollte, es geschehe nun entweder mit derselben Klage, wegen welcher der angetragene Eid geleistet worden, oder mit einer andern, sofern sie nur auf den gemachten Anspruch Beziehung hat, und diese mehreren Klagen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die eine die andern aufhebt. Mit der Einrede des Ei-

iustissime ei accommodat talem actionem, *per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.* Es verdient mit dieser Stelle des Theophilus griechische Paraphrase verglichen zu werden, welche nach der Uebersetzung des Reitz Tom. II. pag. 800. so lautet: *Sed actio in factum ex iureiurando locum habet, quando, me poscente a te debitum, delato mihi iureiurando, iuravero, te tantam debere summam, quam quoque posco. Nam si eam non solveris, dabitur mihi in factum actio: quam ego instituens ostendere non cogor, utrum mihi quid debeatur, an non debeatur, sed hoc solum me probante, quod iuraverim, necesse est te condemnari.* Man sehe noch *L. 5. §. 2. D. h. t.*

19) *§. 4. I. de except.* Aeque si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur per *exceptionem iurisiurandi.* In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, aeque necessariae sunt exceptiones, *veluti si, petitore deferente, possessor iuraverit, eam rem suam esse,* et nihilominus petitor eandem rem vindicet.

Eides kann ſich der Beklage ſchützen [20]), wenn auch ſchon der Kläger ſeine Forderung erweiſen könnte. Denn er hat dem Beklagten, unter der Bedingung der Eidesleiſtung, ſeine Forderung einmal erlaſſen [21]). Auſſer dem Schwörenden kommt die exceptio iurisiurandi auch noch andern Perſonen zu ſtatten, nämlich denjenigen, welche in ſeine Stelle treten, oder ſonſt bey der Sache, worüber geſchworen worden, intereſſirt ſind [22]). Es iſt nämlich der Eid entweder wegen einer actio in perſonam, oder wegen einer actio in rem geſchworen worden. In dem erſten Falle kann ſich jener Einrede nicht nur der Erbe des Schwörenden [23]), ſondern auch der Bürge bedienen, wenn er wegen der eidlich abgeläugneten Schuld belangt wird [24]). In dem andern Falle hingegen kommt der Eid demjenigen zu ſtatten, der in die Sache, wegen welcher der Eid geſchwo-

20) *L. 28. §. 4. D. h. t.* Exceptio iurisiurandi, non tantum ſi ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet: ſed etiam ſi alia, ſi modo eadem quaeſtio in hoc iudicium deducatur: forte ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, caeterasque ſimiles iusiurandum exactum ſit, deinde ex iisdem cauſis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque conſumitur.

21) *§. 4. I. de Except.* Licet enim verum ſit, quod intendit, id eſt, rem eius eſſe, iniquum tamen eſt, poſſeſſorem condemnari.

22) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 282. §. *Igitur pollicetur Praetor.*

23) *L. 7. D. h. t.*

24) *L. 28. §. 1. D. h. t.* Quod reus iuravit, etiam *fideiuſſori* proficit.

schworen worden, succedirt [25]), das heißt, diese Sache nachher von dem Schwörenden erhält, es sey von Todeswegen, wie z. B. der Legatar, oder unter den Lebendigen, wie z. B. der Käufer oder Donatar [26]). Hat der Schuldner den Eid geschworen, so werden auch dadurch die Pfänder frey, und müssen zurückgegeben werden, denn der Eid hat hierin eine Aehnlichkeit mit der Acceptilation [27]). Hat hingegen der Besitzer geschworen, daß die Sache, woran der Deferent Anspruch machen wollte, sein Eigenthum sey, so kann er nun die Sache longo tempore verjähren, die er sonst, bey dem Mangel eines erweislichen gerechten Titels, gegen den Dritten anders nicht als longissimo tempore hätte präscribiren können. Denn der Eid hat die Kraft eines gerechten Titels [28]). Zuweilen wird durch den außergerichtlichen Eid auch eine Klage perpetuirt, die sonst nur temporär gewesen wäre [29]). Denn dies ist die Wirkung der

25) *L. 8. D. h. t.*

26) S. NOODT c. l. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61.

27) *L. 40. D. h. t.* Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur. *Est enim hoc acceptilationi simile.* Perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum repeti potest, utpote, cum, interposito eo, ab omni controversia discedatur.

28) *L. 13. §. 1. D. de iureiur.* JULIANUS ait, eum, qui iuravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. S. MALBLANC de iure-iur. §. 63. pag. 227.

29) *L. 9. §. 3. D. h. t.* Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem, eum dare oportere,

der Litiscontestation, an deren Stelle, wie Paulus [30] ſagt, der Eid tritt.

Es entſteht nun hier noch die Frage, ob ein ſolcher Eid, der auf geſchehenen Antrag des Gegners geſchworen worden iſt, nicht wegen begangenen Meineides angefochten werden könne? Die alten römiſchen Rechtsgelehrten waren deshalb verſchiedener Meinung. Labeo glaubte, es habe die actio de dolo Statt. Pomponius hingegen widerſprach ihm aus dem Grunde, weil durch den geleiſteten Eid der Streit einmal beygelegt ſey. Man müſſe es alſo nun bey dem Eide laſſen. Dieſe Meinung billigte auch Marcellus; und Paulus fügte noch den Grund hinzu, es ſey genug, daß der Meineid beſtraft werde. Es ſind hier folgende Stellen der Pandecten merkwürdig.

L. 21. *D. de dolo malo.* Quod ſi, deferente me, iuraveris, et abſolutus ſis; poſtea periurium fuerit approbatum: LABEO ait, *de dolo actionem* in eum dandam: POMPONIUS autem *per iusiurandum transactum videri.* Quam ſententiam et MARCELLUS Libro 8. Digeſtorum probat: *ſtari enim religioni debet.*

L. 22. *D. eodem.* Nam ſufficit periurii poena [31]).

tere, egoque iuravero, *tempore non liberatur: quia poſt litem conteſtatam cum eo perpetuatur adverſus eum obligatio.*

30) *L.* 28. §. 2. *D. de iudic.* S. *Guil.* BARCLAII Comment. ad h. L. bey OTTO *in Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 934. ſq.

31) Worin dieſe poena periurii beſtanden habe, deren Paulus hier gedenkt, iſt ſtreitig. MALBLANC de iureiur. §. 64. erklärt ſie nach der Vorſtellung der Römer von der göttlichen Rache, die den Meineidigen verfolgen werde. Allein die

Diese letztere Meinung ward auch durch ein Rescript des Kaisers Antoninus bestätiget, welches in der *L.* 1. *Cod. de reb. credit. et iureiur.* auf folgende Art lautet.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et praestito, vel remisso decisa: *nec periurii praetextu retractari potest*: nisi specialiter hoc lege excipiatur.

Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L.* 56. *D. de re iudicata:* Post rem iudicatam, vel *iureiurando decisam*, vel confessionem in iure factam *nihil quaeritur post orationem* DIVI MARCI.

Der Grund hiervon liegt unstreitig in der Natur der Eidesdelation, welche von Seiten des Deferenten das Versprechen erhält, dem Andern, unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder desselben Ansprüche anzuerkennen, welches von diesem, ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit, acceptirt wird [32]). Hier-

die Strafe konnte auch eine weltliche seyn, wenn der Eid per genium Principis war falsch geschworen worden. *L. 13. §. 6. D. h. t.* wie auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LII. not. i. pag. 360 bemerkt hat. Außerdem war freylich damals keine bürgerliche Strafe auf den Meineid gesetzt, sondern man überließ die Bestrafung der rächenden Gottheit. *L.* 2. *C. de reb. credit. et iureiur.* sagt: Contemta iurisiurandi religio satis Deum ultorem habet. Jedoch entgieng der Meineidige der notae censoriae nicht. CICERO *de offic. Lib. I. c. 13. de Legg. Lib. II. cap. 9.* LIVIUS *Lib. XXIV. cap. 18.* S. *Theod. Regn. de* BASSEN de iureiurando veter. inpr. Rom. Cap. 8.

32) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25.

Hieraus erklärt ſich nun, warum der deferirte Eid nach dem römiſchen Rechte nicht angefochten werden konnte, weil, der einmal geſchehenen Erklärung des Deferenten zu Folge, von dem Beweis eines Meineides gar keine Frage mehr ſeyn konnte. Ganz dieſen Grundſätzen gemäß, ſagt daher Juſtinian §. 4. *I. de exceptionib.* Si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil ſe dare oportere, *iniquum eſt, de periurio quaeri*, oder, wie es Theophilus [33]) paraphraſirt: ἄτοπόν ἐϛι, κινοῦντά με ἐλέγχειν αὐτοῦ τὴν ἐπιορκίαν: i. e. *abſurdum eſt, me agentem eius periurium arguere.* Und Julian ſagt dies noch beſtimmter *L.* 15. *D. de except.* Adverſus exceptionem iurisiurandi *replicatio doli mali* non debet dari; *cum Praetor id agere debet, ne de iureiurando cuiusquam quaeratur.* Es ſcheint mir daher Voet [34]) ganz Unrecht zu haben, wenn er dieſe Geſetzſtellen bloß von dem Falle verſtehen will, da Jemand anfangs den Eid bona fide geſchworen, und nachher erſt entdeckt hat, daß er falſch geſchworen habe. Nur in einem Falle hat Juſtinian eine Ausnahme gemacht, nämlich wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlaſſenen Legats oder Fideicommiſſes, auf geſchehenen Eidesantrag des Erben, weil das Teſtament nicht aufzufinden war, falſch geſchworen hat. Hier kann das Legat zurückgefordert werden. Dieſe Ausnahme iſt in der *L. ult. Cod. de reb. credit. et iureiur.* enthalten, welche folgendermaſſen lautet:

Cum quis legatum, vel fideicommiſſum, utpote ſibi relictum, exigeret, et, teſtamento forte non apparen-

33) *Paraphras. graec. Inſtitut.* Lib. IV. Tit. 13. §. 4. nach der Reitziſchen Ausgabe Tom. II. pag. 878.

34) Cit. loc. §. 25.

parente, pro eo ſacramentum ei ab herede delatum eſſet, et is religionem ſuam praeſtaſſet, affirmans, ſibi legatum vel fideicommiſſum derelictum eſſe: et ex huiusmodi teſtamento id, quod petebat, conſecutus eſſet; poſtea autem manifeſtum eſſet factum, nihil ei penitus fuiſſe derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum iuriiurando ſtandum eſſet, an reſtituere deberet, quod accepiſſet? *Nobis itaque melius viſum eſt, repeti ab eo legatum vel fideicommiſſum; nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere.*

Viele Rechtsgelehrten [35]) ſind der Meinung, daß durch dieſe Verordnung das ältere Recht abgeändert worden, und nun allgemein erlaubt ſey, den deferirten Eid anzufechten, wenn bewieſen werden kann, daß er wiſſentlich falſch geſchworen ſey. Denn wenn gleich dieſelbe nur von einem ſpeciellen Falle rede, ſo müſſe doch die Verordnung ſelbſt für allgemein entſcheidend darum angenommen werden, 1) weil ſie eine von den funfzig Deciſionen ſey, worin Juſtinian den ehemaligen Streit über die Frage von

35) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 2. et 24. ENGEL in Colleg. iur. canon. Lib. II. Tit. 24. Sect. I. nr. 31. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXLV. Medit. 1. et Spec. DLXVII. medit. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 42. *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de cauſa ob praeſtitum iuramentum iudiciale deciſa, probato periurio redintegranda. *Lipſiae 1740. Io. Thad.* MÜLLER Diſſ. de cauſa, iuramento voluntario deciſa, ob periurium retractanda. *Heidelbergae 1766. Io. Nic.* MOECKERT Diſſ. de iureiurando retrahendo. *Rintel. 1769.* und MALBLANC in Doctr. de iureiur. §. 65. welcher jedoch nachher in ſeinen Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. pag. 312. ſeine Meinung geändert hat.

von der Unumſtößlichkeit des deferirten Eides entſchieden habe; und 2) wegen der Allgemeinheit des geſetzlichen Grundes. Denn der Geſetzgeber wolle überhaupt nicht, daß Jemand aus ſeinem Meineide einen Vortheil ziehe. Dieſer Grund paſſe auf jeden Fall, da ein begangener Meineid erwieſen werden kann. Allein dieſer Meinung ſtehen folgende Gründe entgegen. Die *L. ult. Cod. de reb. cred.* iſt datirt *poſt conſulatum Lampadii et Oreſtis* 532. [36]). Sie iſt alſo noch vor den Pandecten gegeben worden. Dennoch ward die wichtige Stelle von der Unumſtößlichkeit des deferirten und abgeſchwornen Eides aus des Cajus Commentaren über das edictum provinciale den Pandecten einverleibt, welche *L.* 31. *D. de iureiur.* auf folgende Art lautet:

Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iusiurandum exactum permitti conſtitutionibus Principum, ex integro cauſam agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe invenisſe dicat, quibus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae conſtitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis abſolutus fuerit: ſolent enim ſaepe iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iuraverit. *Quodſi alias inter ipſos iureiurando transactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.*

Wir lernen zugleich aus dieſer Stelle den wichtigen Unterſchied zwiſchen einem vom Gegner angetragenen, und einem vom Richter auferlegten Eid. Gegen den letztern kann wegen neu aufgefundener Urkunden die Wiedereinſe-

tzung

36) Nach Wieling in Iurisprud. reſtituta. Tom. I. pag. 145. ſogar *poſt Conſulatum Lampadii et Oreſtis anno primo 531.*

ßung in den vorigen Stand gesucht werden; nicht aber gegen den ersten, weil dadurch der Rechtsstreit unter den Partheyen einmal beygelegt worden ist [37]). Daß die *L. ult. Cod. de reb. credit.* nur eine Ausnahme von der Regel enthält, erhellet ferner daraus, weil Justinian die Verordnung des Krs Antoninus *L.* 1. *Cod. eod.* welche die Regel von der Umstößlichkeit eines abgeschwornen deferirten Eides enthält, nicht nur in seinen Codex aufgenommen hat, sondern es sind auch die letztern Worte derselben, *nisi specialiter hoc lege excipiatur*, wie Cujaz [38]) und Noodt [39]) ganz richtig bemerkt haben, vom Tribonian in keiner andern Absicht beygefügt worden, als um dieses Gesetz, welches keinesweges aufgehoben seyn solle, mit den *L. ult.* zu vereinigen. Hierzu kommt endlich noch das Zeugniß der Basiliken, und der griechischen Ausleger, welche die *L. ult.* auch nur auf den darin entschiedenen Fall einschränken. In den Basiliken [40]) lautet nämlich unsere *L. ult.* folgendermassen:

Δέγων τίς χρεωςῆισθαι ληγάτου ἐν διαθήκῃ καταλειφθὲν αὐτῷ, καὶ μὴ προφέρων τὴν διαθήκην, ὅρκον ἀπηιτήθη παρὰ τᾶ κληρονόμου, καὶ ἐπωμόσατο τῇ ἀληθείᾳ καταλελεῖφθαι αὐτῷ τὸ ληγάτον, καὶ ἔλαβεν αὐτό. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα ἀπεδείχθη προφανῶς, μηδέν αὐτῷ καταλελεῖφθαι. ἡ τοίνην διάταξις ἐπιτρέπει, ὅτε μὲν αὐτῷ οὐδὲν καταλέλειπτο, ἀναδιδόναι αὐτὸν ὅπερ ἔλαβεν, ἐκ τῆς οἰκείας ἐπιορκίας μηδὲν κερδαί

37) *L.* 19. *Cod. de transact. L.* 4. *Cod. de re iudic.* S. Iac. CUJACIUS Observation. Lib. XVIII. cap. 35.

38) Cit. loc.

39) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 288.

40) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Constit. 55. pag. 137.

δαίνοντα. i. e. *Cum quis diceret, deberi ſibi legatum teſtamento relictum, nec teſtamentum proferret, iusiurandum ei ab herede delatum fuit, et iuravit, revera legatum ſibi derelictum eſſe, idque conſecutus eſt. Poſtea autem manifeſtum factum eſt, nihil ei relictum fuiſſe.* Conſtitutio igitur iubet, *ut ſiquidem nihil ei relictum ſit, repetatur ab eo, quod conſecutus eſt, nullum ex periurio ſuo lucrum facturo.*

In Beziehung auf dieſe Verordnung ſagt Balſamo [41]): Ὁ δὲ νενεσσαίριος ἀναψηλαφᾶται ἐπὶ ἑνὸς καὶ μόνου ϑέματος, ἤτοι τῆ τελευταίου κεφ. τῆ ε. Τιτ. τῆ κβ'. βιβ. i. e. *Neceſſarium* [42]) *vero in uno eoque ſolo caſu retractatur, nempe ultimi cap. tit.* 5. *Lib. XXII. Baſil.* Eben ſo Attaliates [43]). Dieſe Meinung nehmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten [44]) an. Nur darüber iſt man nicht einig, warum

41) Ad Nomocanonem *Photii* Tit. XIII. cap. 18. *in* IUSTELLI et VOELLI Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1118.

42) Balſamo verſteht hier unter dem iuramento neceſſario, nicht den vom Richter aufgelegten, ſondern den gerichtlich deferirten Eid. Denn vom iuramento voluntario ſagt er, οὐδέποτε ἀναψηλαφᾶται, i. e. *nunquam retractatur.* Nun verſtanden die griechiſchen Ausleger unter dem iuramento voluntario den außergerichtlich deferirten Eid. S. oben §. 789. S. 180.

43) *Synopſis Tit. 18.*

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 288. *Em.* MERILLIUS Expoſition. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLV. (*Operum minor.* P. II. pag. 125.) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 16. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XLVIII. in fin. pag. 360. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. ult. de reb. cred. pag. 217. *Iul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. IV. Tit. I. nr. 24. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illuſtrior. quosd. titulos loca-

rum der Kaiser gerade bey Legaten und Fideicommissen eine Ausnahme von der Regel gemacht habe. Man setzt den Grund gewöhnlich darin, weil ein Vergleich über den Gegenstand eines Testaments, und folglich auch eine Eidesdelation, welche die Natur eines Vergleichs hat, nicht gelte, wenn man nicht zuvor das Testament selbst eingesehen habe [45]). Schon Accursius und der griechische Scholiast der Basiliken führen diesen Grund an, und viele der neuern Rechtsgelehrten [46]) sind ihnen hierin gefolgt. Allein daß sich gerade das Gegentheil aus diesem Gesetz erweisen lasse, hat schon Joh. Aug. Bach [47]) gezeigt. Andere [48]) suchen daher den Grund in der Natur und besondern Begünstigung letzter Willensverordnungen. Noch andere [49]) darin, weil hier, wo das Testament nicht aufzufinden war, die Eidesdelation, wegen Mangels an andern Beweismitteln, gewissermassen aus Nothwendigkeit geschahe. Soviel ist gewiß, daß der Grund, den der Kaiser selbst anführt, zu generell ist. Ob nicht nach dem heutigen Recht ein deferirter Eid, wenn er bewiesenermaßen falsch geschworen worden ist, in allen Sachen angefochten und aufgehoben werden könne, ist eine Frage, worüber die heutigen Rechtsgelehr-

locaque selecta iur. civ. pag. 151. sq. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 14. KOCH Instit. iuris crim. §. 548. in Schol. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477.

45) *L. 6. D. de Transact.*

46) VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 26.

47) Diss. de iure transactionis super controversiis ex testamento non cognitis tabulis. §. 4. (in *Opuscul.* pag. 82. sq.)

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477. pag. 312.

49) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 288. und *Ian. a* COSTA Praelection. cit. pag. 152.

gelehrten auch nicht einverstanden sind. Viele [50]) bejahen sie in Beziehung auf den Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Carls V. wo es heißt:

„Item welcher vor Richter oder Gericht einen gelehrten Meineid schwört, so derselbig Eid zeitlich Gut antrifft, das in deß, der also fälschlich geschworen hat, Nutz kommen, der ist zuvörderst schuldig, wo er das vermag, solch fälschlich abgeschworen Gut dem Verletzten wiederzukehren."

Andere [51]) hingegen behaupten, daß durch diesen Artikel das römische Recht nicht aufgehoben sey. Denn der Kaiser rede hier nicht von der bürgerlichen, sondern blos von der peinlichen Rechtsverfolgung, und wolle nur, daß bey der peinlichen Bestrafung des Meineides auch zugleich auf die Restitution des durch den falschen Eid verursachten Schadens soviel möglich Rücksicht genommen werden solle. Diese letztere Meinung verdient in der Theorie allerdings den Vorzug.

§. 799.

Von wem? Wem? und in welchen Sachen kann der Eid deferirt werden?

Da dem Gesagten zu Folge der deferirte Eid, seinem Ursprunge nach, ein bloßes Vergleichsmittel ist, und auch selbst

50) KOCH cit. loc. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 136. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4524. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1162. Westphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. 1. Th. S. 78.

51) KRESS Diss. de variis controversiis in argumento possessionis et iuramentor. §. 15. de BOEHMER Meditat. in Constitut. crim. carol. ad Art. 107 §. 3. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. in fin.

selbst der gerichtlich zugeschobene Eid, wenn er schon in Rücksicht seines Zwecks nach der Natur eines Beweismittels modificirt ist, dennoch in Hinsicht seines Entstehungsgrundes immer etwas Vergleichsähnliches beybehalten hat [52]); so lassen sich nun hieraus folgende Fragen entscheiden.

I. Wer kann einen Eid deferiren? Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, mit welchen auch der Gerichtsgebrauch übereinstimmt, können nur diejenigen einen Eid deferiren, welche einen Vergleich zu schließen fähig und befugt sind, und nur unter den Bedingungen, unter welchen sie dies können, ist ihnen auch die Eidesdelation erlaubt [53]). Also

1) nur Eigenthümer, welche über das Ihrige zu verfügen fähig sind, und sich daher in Ansehung ihres Vermögens durch ihre Handlungen verpflichten können [54]). Pupillen, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwender können demnach ohne Zustimmung ihrer Vormünder keinen Eid deferiren [55]). Hatte ein Minderjähriger keinen Cura-

52) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 168.

53) *L. 35. §. 1. D. h. t.* Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in caeteris similibus ei dicendum est: nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

54) S. *Christ. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipsiae 1786.* §. 4.

55) *L. 17. §. 1. D. de iureiur.* Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. Quodsi sine tutore auctore detulerit, exce-

Curator, so war zwar die von demselben geschehene Eidesdelation nach dem röm. Rechte an sich nicht ungültig; er konnte aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [56]). Allein da heutzutage Minderjährige sich ohne Curator in Rücksicht ihres Vermögens nicht verbindlich machen können, so haben sie dieses Rechtsmittel nicht einmal mehr nöthig, sondern hierin mit den Unmündigen gleiche Rechte [57]).

2) Procuratoren können in Sachen des Eigenthümers den Eid nur insofern deferiren, als sie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geschäfte bestellt sind, oder zur Eideszuschiebung eine Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein mandatum in rem suam ist [58]). Ausserdem ist die Eidesdelation ungültig [59]),

exceptio quidem obstabit, sed replicabitur, quia rerum administrandarum ius ei non competit.

56) *L. 9. §. 4. D. de iureiur.*

57) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Webers syst. Entwikel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 73. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4515. not. a. in fin.

58) *L. 17. §. 3. D. h. t.* Procurator quoque, quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut *universorum bonorum administrationem sustinet*, aut si *id ipsum nominatim mandatum sit*, aut si *in rem suam procurator* sit.

59) *L. 18. D. eodem.* Alias autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, IULIANUS libro 10. Digestorum scribit. Nec postea reus, qui semel iuravit, a domino conveniatur: nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. Sive enim dominus petat, cogetur docere reus, liquido se iurasse, posita scilicet exceptione: sive ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere. Statt

Nec

wofern nicht etwa der Procurator mit einer ganz unbeschränkten Vollmacht (mandatum cum libera) versehen seyn sollte [60]).

3) Vor-

Nec postea lesen Haloander und Baudoza richtiger *ne postea* in unmittelbarer Verbindung mit dem Vorhergehenden. Mit dieser Leseart stimmt auch unser Cod. Erlang. Pand. überein. Der Sinn ist also dieser. Wenn ausser den Fällen, wovon in der L. 17. die Rede war, ein Procurator dem Gegner seines Principals den Eid zuschiebt, so kann letzter nicht genöthiget werden, den Eid anzunehmen, und schwört er ihn auch, so wird er ihn dennoch nicht schützen, sondern er wird, dessen ungeachtet, von dem Eigenthümer in Anspruch genommen werden können, wenn er sich auch von dem Procurator eine cautio de rato hätte bestellen lassen. Denn entweder der Eigenthümer klagt. Hier kann ihn der Kläger, wenn er die Einrede des geleisteten Eides vorschützen wollte, mit der Replik zurückweisen, daß der Eid ohne seinen Antrag und Willen geschworen worden sey, und der Beklagte muß beweisen, daß das, was er geschworen hat, die Wahrheit sey. (Dies heißt hier *liquido se iurasse*, wie *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 2. gezeigt hat; und die Worte *posita scilicet exceptione*, sind von der Replik des Klägers zu verstehen, und nach POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. pag. 353. so zu erklären: *reus tenebitur instaurare causam, opposita adversus exceptionem iurisiurandi, quam allegaret, hac replicatione: quia non me deferente iurasti.*) Oder der Beklagte klagt gegen den Procurator aus der Caution de rato, und dann müßte er doch den Proceß verlohren haben. Er müßte also des Meineides durch des Klägers Beweis überführt seyn. Wie kann er denn nun wegen seines Meineides Entschädigung fordern? Man sehe noch über diese Stelle VULTEIUS Disceptat. Scholast. Lib. I. c. 7. pag. 92. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. in fin. et sq.

3) Vormünder und Curatoren können in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen den Eid nur unter den Bedingungen deferiren, unter welchen ihnen erlaubt iſt, Sachen und Güter derſelben zu veräußern. Inſofern daher bey Veräuſſerungen eine gerichtliche Unterſuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich iſt, wird ſolche auch zur Eidesdelation erfordert [61]).

60) *Cap. 4. de procurat. in 6to.* Procurator *absque ſpeciali mandato iuramentum deferre*, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel *cauſae adminiſtratio libere ſit conceſſa.* S. BRUNNEMANN Comment. ad L. 18. D. h. t. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. pag. 955. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 320. Anderer Meinung iſt MALBLANC Doct. de iureiur. §. 42. pag. 118. Allein eine bloße Generalvollmacht iſt nicht hinreichend. *L. 60. D. de procurator.* S. BARCLAII Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. III. pag. 926. und VOET Comm. h. t. §. 8.

61) *L. 17. §. 2. D. h. t.* Si *tutor*, qui tutelam gerit, aut *curator* furioſi prodigive, iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet. Nam et alienare res, et ſolvi eis poteſt: et agendo rem in iudicium deducunt. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 368. BIENERI Syſt. proceſſ. iudiciar. Tom. I. §. 100. beſonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. § 8. Jedoch kann der Vormund anders nicht, als in Ermangelung anderer Beweismittel, den Eid deferiren. Nur in dieſem Falle kann dem Pupillen die exceptio iurisiurandi entgegengeſetzt werden. *L. 35. pr. D. h. t.* Tutor pupilli, *omnibus probationibus aliis deficientibus*, iusiurandum deferens audiendus eſt: quandoque enim pupillo denegabitur actio. Das *quandoque* zeigt an, daß nicht in jedem Falle die vom Vormund geſchehene Eidesdelation gültig ſey. In den Baſiliken Tom. III. pag. 129. iſt dieſes deutlicher

Es fragt sich, ob auch ein Meineidiger, oder eine andere infamirte Person ihrem Gegner den Eid antragen dürfe? Viele [62]) läugnen dies aus dem Grunde, weil die Zurückschiebung des Eides bey solchen Personen wegfalle. Andere [63]) unterscheiden zwischen Meineidigen und infamirten Personen, und behaupten, daß zwar letztere, weil ihnen kein Gesetz entgegenstehe, nicht aber erstere einen Eid deferiren könnten. Denn sie könnten den Eid für Gefährde nicht schwören, welcher doch die Bedingung ausmacht, ohne welche der Deferent die Ableistung des zugeschobenen Eides von dem Acceptanten nicht verlangen kann, weil ein Meineidiger schlechlicher bestimmt. Es heißt daselbst: Ο ἐπίτροπος ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἀποδείξεως ὅρκον ἐπιφέρει· τότε γὰρ αποκλείει τῷ ἀνήσῳ. i. e. *Tutor, omni probatione deficiente, iusiurandum defert: tunc enim agenti pupillo actio denegatur.* Jedoch bleibt ihm immer noch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offen, wenn er eine dadurch erlittene Läsion erweisen kann. *L. 9. §. 4. D. h. t. L. 2. et 3. Cod. Si tutor vel curator interven.* S. *Guil.* BARCLAII Commentar. ad h. tit. Pand. L. 3. bey OTTO T. III. pag. 926.

62) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIII. Th. 9. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK de cautel. iuramentor. P. II. Sect. I. cap. 3. nr. 212. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 35. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 8. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 5. not. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. und *Henr.* BROKES Diss. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. *Vitemb. 1737.*

63) MENCKEN Colleg. polem. iur. civ. Disp. IV. nr. 61. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. l. Tom. II. pag. 162.

schlechterdings nicht zum Eide gelassen werden solle [64]). Ist blos von einem außergerichtlichen Eide die Rede, so hat es gar keinen Zweifel, daß die von einem Meineidigen oder einer infamirten Person geschehene Eidesdelation nicht unstatthaft sey [65]). Denn hier kommt alles auf die Uebereinkunft der Partheyen an, auch fällt hier die Zurückschiebung weg [66]); folglich ist hier aller Anstand gehoben. Allein streitiger ist es, wenn die Rede von einem gerichtlichen Eide ist. Es läßt sich jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [67]), welche behaupten, daß auch ein solcher Eid von einem Meineidigen oder einer andern infamirten Person de-

64) *Can. 14. Caus. XXII. Qu. 5.* Qui semel periuratus fuerit, nec testis sit post haec, nec ad sacramentum accedat, nec in sua causa vel alterius iurator existat. (Aus dem *capitulari Aquisgranensi Caroli Magni an. 789.* entlehnt. S. BERARDI canones Gratiani. P. I. Cap. 46. pag. 362.)

65) S. BROKES Diss. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. §. 12.

66) *L. 17. pr. D. h. t.*

67) *Hugo* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. nr. 19. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 489. et Tom. II. P. IX. Obs. 224. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 63. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 92. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 8. *Ia. Iac.* HEILBRONNER Diss. de iusta iurisiurandi a periuro aut infami facta delatione. *Altorfii 1742.* MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 42. *Christ. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 4. Ge. Jac. Fried. Meister pract. Bemerkungen aus dem Crim. u. Civilrechte. 2. B. 2. Bemerk. Nr. 6. S. 20. ff. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses. §. 368. u. a. m.

ferirt werden könne, sowohl nach der Theorie als Praxis rechtfertigen. Denn es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das Recht den Eid zu deferiren nicht daraus beurtheilt werden könne, ob eine Zurückschiebung desselben Statt finde, oder nicht. Es ist daher ein ganz unrichtiger Schluß, wo der Eid nicht referirt werden kann, da kann er auch nicht deferirt werden [68]). Die Annehmung des zugeschobenen Eides beruhet in gesetzlicher Verbindlichkeit, so wie das Recht den Eid zu deferiren, auf der gesetzlichen Anordnung, nach welcher der Eid zu den Beweismitteln gerechnet wird [69]). Nun steht es zwar demjenigen, welchem ein Eid deferirt worden, allerdings frey, sich von der Verbindlichkeit, denselben zu schwören, dadurch zu befreyen, daß er den Eid dem Deferenten zurückschiebt. Allein dadurch, daß dieser Ausweg bedenklich ist, oder ganz wegfällt, wird die Verbindlichkeit zur Annahme des angetragenen Eides nicht aufgehoben, sondern es folgt daraus nur soviel, daß der zugeschobene Eid schlechterdings geschworen werden muß, wenn derjenige, welchem der Eid ist zugeschoben worden, nicht auf andere Art das Gegentheil erweisen kann. Eben so verhält es sich auch mit dem Eide für Gefährde. Zwar ist der Gegner denselben zu fordern allerdings befugt; es kann aber deswegen, weil dieser solchen sich leisten zu laßen für bedenklich hält, das Recht seines Gegners, den Eid zu deferiren, nicht wegfallen, zumahl da die gerichtliche Eides-

68) *L. 34. §. 8. D. h. t.* sagt: Non semper consonans esse, per omnia referri iusiurandum, quale defertur, cum ex diversitate rerum et personarum quaedam emergant, quae varietatem inducant.

69) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. pr. Cod. de reb. cred.*

Eidesdelation zu den Beweismitteln gezählet wird, und Niemandem, ohne offenbare Unbilligkeit zu begehen, ein Beweismittel entzogen werden kann, welches ihm vielleicht, bey dem gänzlichen Mangel an anderen, nur noch allein übrig iſt.

II. Worüber kann der Eid zugeſchoben werden? Die Eidesdelation findet in Anſehung aller der Privatwillkühr der Partheyen unterworffenen Sachen Statt, worüber es ihnen erlaubt iſt zu tranſigiren [70]). Wenn Ulpian ſagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Quacunque actione quis conveniatur, ſi iuraverit, proficit ei iusiurandum: ſive in perſonam, ſive in rem, ſive in factum, ſive poenali actione vel quavis alia agatur, ſive de interdicto;

ſo redet er zwar nur von dem außergerichtlichen Eide, welchen der Prätor durch eine Einrede ſchützt, wenn demſelben zuwider, gegen denjenigen, der ihn geſchworen hat, Klage erhoben wird, wie Georg Ludw. Böhmer [71]) gegen Wernher [72]) ſehr gründlich gezeigt hat. Der Sinn iſt alſo der, es mag Jemand belangt werden, mittelſt welcher Klage er will, hat er einmahl geſchworen, ſo kann er ſich durch die ihm deshalb zuſtehende Einrede ſchützen, weil der Prätor wider denjenigen, welcher geſchworen

70) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 43. POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 7. und Danz Grundſätze des ordentl. Prozeſſes §. 370.

71) Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 11.

72) Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 505.

hat, keine Klage gestattet [73]). Allein auch der gerichtliche Eid ist durch die Erklärung der römischen Rechtsgelehrten, dem Geist des Edicts gemäß, auf alle Klagen ausgedehnt worden, deren Gegenstand so beschaffen ist, daß in Ansehung desselben ein Transact Statt findet, sie mögen aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen entspringen. Daher sagt **Ulpian**, indem er das Edict des Prätors vom gerichtlichen Eide erklärt, *L.* 34. *D. h. t.* Jusiurandum et *ad pecunias creditas*, et *ad omnes res locum habet*, sc. quae *in obligatione* sunt; und führt zum Grunde an: Nec de iniuria queri adversarium posse, *cum possit iusiurandum referre.* Eben dies ist auch die Meinung des **Paulus**, wenn er *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* sagt: *In omnibus visionibus* licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare. Und eben so gestatten nicht nur die Kaiser **Diocletian und Maximian** [74]) in allen bonae fidei iudiciis, sondern auch Kaiser **Justinian** [75]) den Gebrauch dieses Eides ohne allen Unterschied der Klagen, soweit keine rechtmäßige Ursache, denselben zu verwerfen, vorhanden ist. Es hat daher keinen Zweifel, daß auch bey Privatklagen aus einem Verbrechen, sofern dadurch die dem Kläger gebührende Genugthuung gefordert wird, die Eidesdelation Statt finde, wenn auch die Klage von der Art seyn sollte, daß sie der Ehre des Beklagten

zum

73) *L.* 7. *L.* 9. *pr. D. h. t.*

74) *L.* 10. *Cod. de reb. cred. et iureiur.*

75) *L.* 11. *et* 12. *C. eodem.*

zum Nachtheil gereicht [76]). So kann z. B. über eine Injurie, über einen Schuld gegebenen Diebſtahl, über eine Entwendung unter Ehegatten, (amotio rerum) über Umhauung der Bäume, und andere Verbrechen, ſoweit bloß auf Privatgenugthuung geklagt wird, der Eid deferirt werden, wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

L. 5. §. 8. *D. de iniur.* Hac lege permittitur actori iusiurandum deferre, *ut reus iuret, iniuriam ſe non feciſſe.*

L. 13. §. 2. *D. de iureiur.* Idem IULIANUS ſcribit, eum, qui iuravit, *furtum ſe non feciſſe*, videri de toto iuraſſe, atque ideo nec furti, nec condictitia tenetur, quia condictitia, inquit, ſolus fur tenetur. Nunquid ergo, qui iuravit, ſe furtum ne [77]) feciſſe, hoc ſolo nomine [78]), condictione ſi conveniatur, *exceptione*

ne

76) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 93. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CXXXV. med. 9. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 2. Band. Erört. 52. und 3. B. Erört. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diſſ. §. 11. MALBLANC c. l. pag. 129. und *Ge. Frid.* DEINLIN Diſſ. de licita iurisiurandi iudicialis delatione ſuper facto illicito. *Altorfii 1739.*

77) Haloander, Baudoza und mehrere Codd. Mſpti, auch unſer Erlanger Pandecten-Codex leſen hier ſtatt *ne* beſſer *non.*

78) *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 167. hält die Worte: *hoc ſolo nomine* für corrupt, und lieſet *hoc ſuo nomine*; das iſt, wenn er ſelbſt als Dieb belangt wird. Denn nur in dieſer Hinſicht findet keine Klage weiter

Statt.

ne utatur? Caeterum, ſi contendat, qui condicit, *quaſi cum herede ſe furis agere*, non debet repelli, et quaſi μονομερὴς condictio dari debet aduerſus furis heredem [79]).

L. 6. §. 4. *D. de his, qui not. infam.* Sed et ſi, iureiurando delato, iuraverit quis, *non deliquiſſe*, non erit

Statt. Dieſe Leſeart beſtätigen auch die *Baſilica* Tom. III. pag. 122. Ὁμόσας μὴ κλεψαι, οὔτε τῇ περι κλοπῆς ἀγωγῇ, οὔτε τῷ ἀπαντοῦντι τὸ κλοπιμαῖον λόγῳ ἐνέχεται ἰδίῳ ὀνόματι i. e. *Qui iuravit, ſe furtum non feciſſe, neque furti, neque condictione furtiva ſuo nomine tenetur.*

79) Was hier das Wort μονομερὴς bedeute, zeigt CUJACIUS Obſervation. Lib. IV. cap. 32. Er erklärt die Stelle ſo: *Quod ex hac ſolum parte reo condicatur, qua furis heres eſt, non et ex illa, qua et fur eſt ipſe, remque dolo malo contrectavit.* In den *Baſilicis* Tom. III. pag. 122. heißt es: ὁ δὲ κληρονόμος τῶν κλεπτον ἐναγεται τῷ ἀπαιτοῦντι λόγω εἰς τὸ ἁπλοῦν. i. e. *heres autem furis condictione tenetur in ſimplum.* Man ſehe auch *Iac.* CURTII Εικαξῶν. Lib. I. cap. 42. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom. Tom. V. pag.* 132.) und GEBAUER in Nota ad L. 13. §. 2. h. t. *Tom. I. Corp. iuris Goetting. pag.* 221.) In den Gothofrediſchen Ausgaben mit Noten und bey Bauduza ſteht bey μονομερὴς *id eſt, unimembris.* Aus allem erhellet alſo ſoviel, daß der Sinn der Worte der ſey: Die condictio furtiva ſey nach abgeſchwornem Eide nur noch von der Seite begründet, wenn ſie gegen den, welcher geſchworen hat, daß er den Diebſtahl nicht begangen habe, als Erben des Diebes angeſtellet wird. Denn daß die condictio furtiva auch gegen die Erben des Diebes Statt finde, lehrt *L. 7. §. 2. D. de cond. furt.* So erklärt dieſe Stelle auch POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXXI. not. a. pag. 357.

erit notatus: nam quodammodo innocentiam ſuam iureiurando adprobavit.

L. 9. §. 2. *D. de iureiur.* Si damnetur quis poſt iusiurandum ex famoso iudicio, famoſum eſſe magis eſt.

L. 28. §. 6. *D. eodem.* Colonus, cum quo propter ſucciſas forte arbores agebatur ex locato, ſi iuraverit, ſe non ſuccidiſſe, ſive e Lege duodecim Tabularum de arboribus ſucciſis, ſive e Lege Aquilia damni iniuria, ſive Interdicto, quod vi aut clam poſtea convenietur, per *exceptionem iurisiurandi* defendi poterit.

L. 11. §. 1. *D. de actione rer. amotar.* Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis iusiurandum deferre, cogitur adverſarius iurare, *nihil divortii cauſa amotum eſſe*, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert.

Viele Rechtsgelehrte [80]) ſind zwar der Meinung, daß in ſolchen Klagen, worunter des beklagten Ehre leidet, die Eidesdelation entweder gar nicht, oder wenigſtens nicht anders zuläſſig ſey, als wenn der klagende Theil ſchon einigen Beweis vor ſich habe. Allein dieſe Meinung iſt ganz ungegründet, weil die angeführten Geſetze offenbar entge-

gen

80) LYNCKER Deciſ. P. I. Deciſ. 190. et P. II. Deciſ. 973. et 1127. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Conſt. XII. Def. 31. und P. III. Conſt. 5. Def. 14. de CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 949. pag. 671. ſq. de CANNGIESSER Deciſ. Haſſo Caſſell. Tom. II. Deciſ. 301. nr. 2. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 13. S. 76.

gen ſtreiten, als welche auch in ſolchen Fällen das Recht den Eid zu deferiren derjenigen Parthey, welcher der Beweis obliegt, ſchlechthin ertheilen, und nur den Eid für Gefährde derſelben abzufordern erlauben [81]). Daß auch in Schwängerungsſachen die Eideszuſchiebung zuläßig ſey, leidet um ſo weniger einigen Zweifel, da es eines Theils für eine geſchwächte Perſon hart ſeyn würde, wenn ihr in einer Sache, die ihrer Beſchaffenheit nach gewöhnlich alle andere Beweiſe ausſchließt, das einzige noch übrige Zufluchtsmittel des Eides verſagt ſeyn ſollte, andern Theils aber es hier zugleich auf die Rechte des Kindes ankommt, welche Rückſicht einen jeden andern Geſichtspunct billig überwiegen muß [82]). Dahingegen findet die Eidesdelation

1) in peinlichen Sachen nicht ſtatt, ſofern die Erkennung der Strafe davon abhängt. Denn ſo wenig die Ablehnung des Eides hier einen ſolchen Beweis wider den Angeſchuldigten bewirken kann, der zur Erkennung einer peinlichen Strafe genügt, weil hierzu ein Beweis durch unverwerfliche Zeugen, oder klare Urkunden, oder ſolche Anzeigen erfordert wird, die gar keinen Zweifel übrig laſſen

81) Man vergleiche hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meiſters pract. Bemerkungen aus den Criminal- und Civilrechte 2. Band 2. Bemerk. S. 17. ff. und der Gebr. Overbek Meditationen über verſch. Rechtsmaterien. 7. B. Medit. 365.

82) Meiſter a. a. O. S. 18. ff. WERNHER ſelect. Obſerv. for. Tom. I. P. III. Obſ. 216. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. DLXXXIII. medit. 16. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 45. S. 141. Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. 1. Th. §. 485. und Gebr. Overbek Meditationen 10. Band Medit. 538.

lassen [83]); eben so wenig kann auch durch die Annahme deßelben in peinlichen Fällen die Wahrheit füglich ausgemittelt werden, weil sich hier nicht voraussetzen läßt, daß der Richter in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuscht werden, vielmehr das Gegentheil mit Grund zu besorgen ist [84]). Es kann ferner der Eid

2) auch nicht über Urtheile aus Thatsachen zugeschoben werden, welche ihrer Natur nach, wenn sie auch der eine streitende Theil für wahr halten sollte, den Richter noch nicht Wahrheit erkennen laßen [85]). Aus diesem Grunde kann zum Beweis eines Gewohnheitsrechts der Eid nicht deferirt werden, obwohl über einzelne Handlungen, und deren Umstände, die zur Begründung einer behaupteten Gewohnheit angeführt worden sind, sofern der Gegner davon Wissenschaft haben muß, die Eidesdelation nicht für unzuläßig zu halten ist [86]). Desgleichen kann

3) über solche Thatsachen kein Eid deferirt werden, deren Wahrheit anders nicht, als durch eine Besichtigung, ausgemittelt werden kann, z. B. über eheliches Unvermögen [87]). Auch nicht

4)

83) *L. fin. Cod. de probat.*

84) MALBLANC de iureiur. §. 45. pag. 139.

85) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 92.

86) MALBLANC de iureiur. §. 44. pag. 134. Grolman in der angef. Theorie §. 92. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 213. Not. n. S. 295. der 2. Auflage. Anderer Meinung ist THIBAUT im Syst. des P. R. I. Th. §. 20. a. E.

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXV. medit. 7. und Danz Grds. der summarischen Prozesse §. 139. der Gönnerschen Ausgabe.

4) über fremde Handlungen, von welchen derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewißheit wissen konnte. Nicht einmahl zur freywilligen Annahme und Ableistung desselben ist er zuzulassen, geschweige denn daß er auf einen solchen Eid sich einzulassen, gezwungen werden könnte [88]); es wäre denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben dessen, welchem der Eid deferirt worden, sein Recht abhängig machen wolle [89]); außerdem kann nur das iuramentum ignorantiae zugeschoben werden [90]). Viele wollen endlich

5) auch Ehesachen hierher rechnen. Hier soll keine Eideszuschiebung Statt finden, sofern sie die Trennung der Ehe zum Zwek hat [91]). Man gründet diese Meinung darauf, daß nach Vorschrift das *cap. fin. X. de transact.* kein Vergleich in Ehesachen zum Zweck der Ehetrennung gelten solle; die Eidesdelation aber als eine Art von Transact angesehen werde. Andere haben diese [92]) Meinung näher dahin zu bestimmen gesucht, daß in Ehe-

scheis

88) L. 11. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 42. D. de Reg. iur. MALBLANC de iureiur. §. 44.

89) Grolmans Theorie a. a. O. S. 171.

90) Günth. Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen. 2. Th. No. XII. S. 17.

91) CARPZOV jurisprud. for. P. I. Const. 12 Def. 30. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 73 *God.* BARTH Disc. de iuramento iudiciali contra matrimonium non admittendo *Lipsiae 1712.* Danz Grundsätze des ord. Prozesses §. 370. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4516 Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens. §. 91.

92) Just. Henn. BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 67. und de BERGER Elect. proceff. matrinon. Th. 30.

ſcheidungsſachen zwar der klagende Theil dem Beklagten den Eid zuſchieben könne, weil dieſer, wenn er den Eid annimmt, für die Ehe ſchwört; hingegen der beklagte Theil dem Kläger den Eid nicht zurückſchieben dürfe, weil dieſer wider die Ehe ſchwören würde. Allein ſchon Ludovici [93]) hat dagegen ſehr gründlich bemerkt, daß die angeführte Vorſchrift des Canoniſchen Rechts auf dem Lehrſatz beruhe, daß die Ehe ein Sacrament, und daher das Band derſelben unauflöslich ſey. Da nun die Evangeliſchen, bey denen doch nur eigentlich dieſe Frage vorkommen kann, jenen Satz verwerffen, und daher auch in Eheſachen einen Vergleich ſogar zum Zweck der Trennung der Ehe für gültig erkennen, wenn er nur mit Genehmigung der geiſtlichen Obrigkeit in einem ſolchen Falle geſchloſſen wird, in welchem überhaupt eine Eheſcheidung zuläſſig iſt [94]); ſo iſt unbegreiflich, wie man dennoch aus dem Canoniſchen Recht einen ſo unrichtigen Schluß hat herleiten mögen. Noch mehr aber iſt zu verwundern, wenn man ehemalen ſogar auch in Verlobungsſachen die Zuläſſigkeit des Eides in Zweifel gezogen hat, ſofern er gegen die Vollziehung des Eheverſprechens gerichtet war [95]). Doch dieſer letztere Irrthum iſt nun ſchon längſt widerlegt, und auch aus

93) Einleitung zum Conſiſtorialproceß. Kap. 15. §. 4. u. 5.

94) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 353. S. 50.

95) CARPZOV Iurisprud. Conſiſtor. Lib. III. Def. 44. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

96) *Iuſt. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 61—66. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. h. t. ad L. 9. nr. 25. et 26. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen. 1. Th. S. 172. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30

aus der Praxis verbannt worden [96]). Allein wenn gleich schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten [97]) auch eben so lebhaft von jenem irrigen Satz überzeugt waren, daß zur Begründung einer Ehetrennung kein zugeschobener Eid geschworen werden könne, so klagen sie dennoch die Tyranney der Praxis an, welche, aller Gründe ungeachtet, den Irrthum in Schutz genommen habe, und bis auf den heutigen Tag hartnäckig vertheidige. Mehrere heutige Juristen-Facultäten [98]) haben indessen eingedenkt des Ausspruchs eines Celsus [99]): Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet, jenen Irrthum zu verlassen angefangen, und für die Zulässigkeit der Eidesdelation in Ehescheidungssachen zur Begründung der Ehetrennung gesprochen. Diese Meinung verdient auch um so mehr allen Beyfall, da sich kein vernünftiger Grund absehen läßt, warum nicht über diejenigen Thatsachen, welche eine rechtmäßige Ursache zur Ehescheidung begründen können, der Eid

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 323.

97) So sagt z. B. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 59. *Principium est constanti usu fori receptum, quod omnis delatio iuramenti, quae contra matrimonium, seu ad illud dissolvendum facit, sit probibita. Quod, quamvis non contemnenda sint ea iuris momenta, quibus hoc principium impugnari solet, tam altas in foro radices egit, ut ex animis Practicorum nullo modo evelli posse, atque legis vim induisse videatur.*

98) Man sehe hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meisters praktische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band. 1. Bemerk.

99) *L. 39. D. de Legib.*

Eid so gut, wie in andern Streitsachen, zur Ausmittelung der Wahrheit gebraucht werden dürfte; im Gegentheil die Beschaffenheit der die Auflösung des ehelichen Bandes bewirkenden Handlungen, als welche gewöhnlich im Verborgenen geschehen, die Zuflucht zu dem Hülfsmittel des Eides besonders nothwendig macht. Wie unbillig würde es nicht seyn, solchen Personen, welche durch Ehebruch, oder tödliche Nachstellungen ihres Ehegatten beleidiget, ja in Lebensgefahr gesetzt worden sind, aber keinen andern Beweis darüber, als den Eid, haben, dieses Beweismittel zu versagen, und sie auf solche Art zur Fortsetzung einer unglücklichen, ihnen zur Marter und dem Staat zum Nachtheil gereichenden Verbindung zu nöthigen? Mit Recht haben sich daher die meisten neuern Rechtsgelehrten [100]) für diese Meinung erklärt. [1])

100) Man sehe MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 46. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 20. not. r. Tom. II. pag. 154. Meister a. a. O. Martin's Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 213. not. l. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1163. BIENER Systeм. proceff. iudiciar. Tom. I. §. 114. Obs. 1. pag. 237. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 306. Ausserdem stimmen noch hierin überein LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. medit. 8. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. *Abr.* KAESTNER in Progr. iuramentum in causis matrimonialibus recte etiam negative deferri. *Lipsiae 1727.* *Casp. Matth.* MÜLLER in Diss. de iuramenti delatione contra matrimonium. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1 Th. §. 312. u. besonders *Car. Frid.* WINCKLER in Diss. de favore causarum matrimonialium nimio e foris proscribendo. *Goett. 1775.* §. 7. 8. et 9.

1) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuß. Staaten 1. Th. 10. Tit. §. 256. wird auch in Ehesachen

III. Wem kann ein Eid zugeschoben werden? Der Eid, kann nur dem Gegner zugeschoben werden, den der Rechtsstreit hauptsächlich angeht. Denn nur wider diesen führt man den Beweis im Proceß, und nur mit ihm kann man sich vergleichen [2]). Die Verhältnisse und Verbindungen, in welchen die streitenden Theile unter sich stehen, machen keinen Unterschied. Daher können Kinder ihren Eltern, und Eltern den Kindern, Dienstboten ihrer Herrschaft, und Unterthanen ihren Landesherrn, wenn unter ihnen Processe entstehen, den Eid zuschieben [3]). Auch kommt es darauf nicht an, ob der Delat eine physische oder moralische Person [4]) ist. In Absicht auf die persönliche Fähigkeit des Delaten ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Eid gerichtlich oder auser Gericht angetragen wird. Im letztern Falle kommt die persönliche Fähigkeit desjenigen, dem der Eid ist zugeschoben worden, in keine Betrachtung, sondern alles beruhet hier auf der Uebereinkunft der Partheyen. In Beziehung auf diese Art der Eidesdelation sagt daher **Paulus** *L.* 26. *pr.* sachen die Eideszuschiebung ohne Unterschied gestattet, der Eidesantrag mag die Fortsetzung, oder die Trennung der Ehe bewirken sollen.

2) Westphals Rechtsgutachten 1 Th. h. t. §. 11. S. 76. Danz Grundsf. des ordentl. Prozesses §. 369. und Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 213.

3) *L. 14. et L. 15. D. h t.* CARPZOV Resp. iur. Lib. III. Tit. 8. Resp. 42. nr. 6. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. Th. 10. SCHNEIDER vom rechtl. Beweise §. 338. besonders Joh. Lud. Schmidt in seinen hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Bd. Nr. 32.

4) Man sehe oben §. 795. Nr. 6. S. 221. ff.

pr. D. h. t. [5]) Qui iurasse dicitur, nihil refert, *cuius sexus aetatisve sit:* omni enim modo custodiri debet iusiurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Daher kann ein außergerichtlicher Eid nicht nur einem Unmündigen, sondern auch einer infamirten, oder meineidigen Person gültig deferirt, und von derselben abgeleistet werden [6]). Mit einem gerichtlich deferirten Eide hingegen verhält sich die Sache anders. Denn da dieser zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises dem Gegner zugeschoben wird, so tritt hier richterliches Ermessen ein, ob und in wiefern hier der Delat zu diesem Zweck für fähig zu halten sey, oder nicht. Ein solcher Eid kann daher keinem Meineidigen zugeschoben werden, weil hier der Richter nicht wohl voraussetzen kann, daß er in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuscht werden, da sich derselbe durch einen bereits begangenen Meineid dieses Zutrauens verlustig gemacht hat [7]). Eben so wenig kann auch einem Unmündigen ein Eid im Proceß mit der Wirkung zugeschoben werden, daß er

5) Denn die *L. 26. h. t.* ist aus PAULI *libro 18. ad Edictum* genommen, worin dieser römische Jurist vorzüglich über das Edict des Prätors de iureiurando voluntario extra iudicium delato commentirt hat, wie *Ge. Lud.* BOEHMER in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 9. sehr gründlich bemerkt. Man sieht dies auch vorzüglich daraus, weil Paulus gleich nachher von der *exceptio iurisiurandi* redet.

6) S. BOEHMER c. l. in Elect. iur. civ. Tom. II. pag. 661. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 120.

7) S. MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 125. sq. anderer Meinung sind LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 136. med. 6. und SCHNEIDER in der vollst. Lehre vom rechtl. Beweise. §. 365.

denselben zu schwören für schuldig erkannt werden könnte. Dies ist es, was Ulpian sagt *L.* 34. §. 2. *D. h. t.* Pupillo non defertur iusiurandum; wie schon an einem andern Orte [8]) bemerkt worden ist. Denn daß Ulpian hier vom gerichtlichen Eide redet [9]), lehrt der ganze Zusammenhang, besonders überzeugen uns hievon die gleich nachher folgenden Worte, wo er sagt: Procurator *non compellitur* iurare, nec defensor, et ita IULIANUS scribit libro 10. Digestorum, defensorem *iurare non compelli.* Dann heißt es: qui iusiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare.* Nun findet der Eid für Gefährde nur bey einer gerichtlichen Eidesdelation Statt. Wenn endlich Ulpian im §. 6. der *L.* 34. die Worte des Edicts selbst anführt: *Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam*; so ist vollends keinem weitern Zweifel unterworfen, daß hier blos von dem gerichtlichen Eide die Rede sey. Wird daher einem Unmündigen in einem gerichtlichen Rechtsstreite ein Eid deferirt, so ist die Ableistung desselben, wofern kein anderes Auskunftsmittel Platz greift, aufzuschieben bis zur erlangten Eidesmündigkeit [10]). Nach der Praxis ist dieses ausser Zweifel [11]), und dem Geist des römischen Rechts ist ein sole

8) S. den ersten Abschnitt dieses 12. Theils §. 793. S. 206.

9) Eben dies bemerkt auch *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. §. 9. pag. 11. in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 662.

10) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 126. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. e.

11) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 498. et 597. MEVIUS Decis. P. VII. Decis. 385. WALCH Diss. de iurantis legitima aetate. §. 7.

ſolcher Aufſchub auch nicht entgegen [12]). Wenn mehreren Streitgenoſſen der Eid deferirt wird, welche keine Gemeinheit ausmachen, ſo kommt es darauf an, ob ihr Intereſſe theilbar, oder untheilbar iſt. Im erſten Falle müſſen die Intereſſenten ſämmtlich den Eid ableiſten, ſie ſind auch wegen ihres getheilten Intereſſe zu einer einförmigen Erklärungsart über den ihnen angetragenen Eid nicht verbunden, ſondern es können einige den Eid annehmen, ohne daß deswegen die übrigen gehindert ſind, den deferirten Eid zurückzuſchieben [13]). In dem andern Falle hingegen müſſen ſich alle Conſorten, deren Intereſſe untheilbar iſt, zu einer einförmigen Erklärungsart vereinigen, doch hängt es hier von der Wahl und Beſtimmung des Deferenten ab, ob er den Eid nur von einem oder von etlichen Theilnehmern im Namen der übrigen verlangen will, um eine zweckloſe Vervielfältigung der Eide zu verhüten [14]). Einem Dritten, der an dem Rechtsſtreit keinem Antheil hat, kann hingegen der Eides-Antrag nicht geſchehen [15]), ſondern dieſer muß von dem Beweisführer zum

12) *L. 34. pr. D. h. t.* S. BOEHMER Diſſ. cit. de auctoritate iudicis circa iusiur. in iudicio delat. §. 9. in fine.

13) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenoſſenſchaft. §. 10. (in dem Magazin für den gemeinen teutſchen bürgerlichen Proceß. 1. Bandes 2. Heft. S. 233. ff.

14) S. Danz Grdſ. des ord. Proceſſes §. 369. von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 3. Band. Nr. 21. Not. e S. 141. und 5. B. S. 280. und Weſtphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 11. S. 76.

15) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. §. 10.

Zeugen ernannt, und mit dem Zeugeneide belegt werden [16]). Man nimmt indessen den Fall aus, wenn der Dritte, ob er wohl nicht persönlich in dem Proceß als Gegenparthey erscheint, doch juristisch als eine Person mit der Gegenparthey betrachtet werden muß [17]). Daher kann der Schuldner, wenn er mit dem Cessionar im Streit befangen ist, noch immer dem Cedenten den Eid antragen, dem Cessionar aber nur dann, wenn er ebenfalls über Gewißheit schwören kann [18]). Wenn Personen Namens Andrer vor Gericht streiten, so kommt es darauf an, ob der Eid ihre eigene Handlungen betrift, oder fremde. Im ersten Falle müssen sie sich auf den Antrag einlassen, in dem letztern Falle hingegen steht die Annahme nur in ihrer Willkühr, vorausgesetzt, daß sie, sofern der Eid auf ihr Wissen gestellet wird, von den fremden Handlungen etwas wissen können [19]), es sey denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben derselben sein Recht abhängig machen wolle [20]). Hiernach sind nun die Fragen zu entscheiden, ob und in wiefern den Vormündern und Curatoren in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, ferner den Sachwal-

tern

16) S. Westphals Rechtsgutachten 2. Band. Nr. 131. S. 227. Nr. 6. u. 7.

17) S. Westphal a. a. O. S. 227. und Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Not. a. S. 167.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 338. Danz Grds. des ord. Processes §. 369. und besonders MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 419.

19) THIBAUT System des P. R. 3. B. §. 1163.

20) Grolman's Theorie §. 92. S. 171.

tern und andern Verwesern fremder Geschäfte in Sachen ihrer Principale der Eid zugeschoben werden könne [21])? Folgende Gesetzstellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 5. *Cod. de rebus cred. et iureiur.* Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis pupillis, relicta fideicommissa videantur, super fideicommissis praeses provinciae cognoscet: et si id tibi relictum esse constiterit, reddi tibi efficiet. Idem si inficietur, ad iusiurandum, ut desideras, tutorem adiget.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo Jemand sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und dem ihm bestellten Vormund mündlich die Auszahlung eines Fideicommisses auferlegt hatte. Ein solches Vermächtniß ist eben so gültig, als ob es dem Erben selbst wäre auferlegt worden [22]), weil der Vormund des Pupillen Person vorstellt. Wird also dem Vormund der Eid

21) S. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CXXXVI. medit. 1—5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 181. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 431. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 54. BIENER Syst. processs. iudiciar. Tom. I. §. 101. und von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Th. Nr. XII.

22) *L. 69. §. 2. D. de legat. II.* Mater, filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, *ut, si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret heredem Sempronio*: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit. Nam et si pater, non iure facto testamento, tutoris fidei commiserit, aeque praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset: sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur

hierüber deferirt, so schwört er über seine eigene Handlung. Er muß sich also im Leugnungsfalle auf den Eidesantrag einlassen. Dies ist der eigentliche Fall des Gesetzes, wie es auch Janus a Costa [23]) erklärt hat, und insonderheit die Basiliken [24]) bestärken, in welchen dasselbe auf folgende Art paraphrasirt ist:

Τελευτῶν τις ἔγραψε τὸν ἑαυτοῦ παῖδα ἀνήβον ὄντα κληρονόμον, δεδωκὼς αὐτῷ ἐπίτροπον· καὶ ἐκ τοῦ ἐπιτρόπου κατέλιπε ληγάτον· ὁ ληγαταίριος προσῆλθεν αὐτῶν τὸν ἐπίτροπον καταβαλεῖν αὐτῷ το ληγάτον, καὶ ἠρνήσατο ὁ ἐπίτροπος, καὶ ἀντιγράψει πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς οὕτως· ὅτι ἐκ τοῦ ἐπιτρόπου καταλειφθῆναι τὸ ληγάτον ἀμφιβάλλεται, εἰ μὲν ὁμολογεῖται, καταβάλλεται· εἰ δὲ ἀρνεῖται ὁ ἐπίτροπος, ἀναγκάξεται ὀμόσαι περὶ τούτου. i. e. *Quidam decedens filium ſuum adhuc impuberem heredem inſtituit, dato ei tuore: et a tutore legatum reliquit. Legatarius tutorem adiit, petiitque, ut legatum ſibi relictum praeſtaret: qui legatum a ſe relictum inficiatus eſt. Imperator igitur in hanc ſententiam ei reſcribit. Quoniam ambigitur, an legatum a tutore relictum ſit, ſiquidem relictum eſſe conſtet, praeſtandum eſt: ſi vero tutor inficietur, de eo iurare compellitur.*

L. 4. pr. D. de in litem iur. Videamus in tutelari cauſa quis iurare et adverſus quem poſſit? Et quidem ipſe

deatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore minoris debet probari. — *L. 20. Cod. de Fideicomm.* Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipſis relicta fideicommiſſa, debentur.

23) *Ad L. 5. C. de reb. cred.* in Praelection. ad illuſtriores quosdam Titulos, locaque ſelecta iuris civ. pag. 163.

24) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Conſt. 47. pag. 131.

ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt: hoc enim ſaepiſſime reſcriptum eſt. *Sed nec tutorem cogendum, DD. Fratres reſcripserunt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, ſub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps ſubire.*

L. 34. §. 3. *D. h. t.* Procurator *non compellitur* iurare, nec defenſor, et ita IULIANUS ſcribit *libro* 10. *Digeſtorum*, defenſorem iurare non compelli.

IV. Wie muß der Eid deferirt werden?

1) Das Factum, worüber der Eid zugeſchoben wird, muß nach allen Umſtänden, wovon die Wahrheit deſſelben abhängt, genau beſtimmt ſeyn. Vor Gericht darf daher kein Eid in folle deferirt werden [25]). Wenn alſo z. B. der Eid wegen eines begangenen Betrugs deferirt wird, ſo darf dies nicht im Allgemeinen auf eine ſolche Art geſchehen, daß der Gegner ſchwören ſoll, den Deferenten nicht betrogen zu haben, ſondern der Eidesantrag muß auf ſolche Thatſachen gerichtet werden, woraus ſich ein Dolus ergiebt [26]). Jedoch gilt dieſer Satz nur von gerichtlichen Eiden. Denn wird ein Eid auſſergerichtlich deferirt, ſo kann der Antrag auch im Allgemeinen geſchehen, wenn ihn der Gegner in dieſer Form annimmt, weil ein ſolcher Eid lediglich von der Uebereinkunft der Partheyen abhängt [27]).

Daher

25) *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 12.

26) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 35. et 36. und von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle, 1. Th. Nr. 29.

27) *L. 9. §. ult. D. h. t. L. 11. pr. D. eodem.*

Daher kann z. B. der Besitzer einer Sache demjenigen, welcher behauptet, daß die Sache sein Eigenthum sey, den Eid geradezu darüber deferiren, wenn gleich der Delat keine weiteren Gründe seines Anspruchs angeführt hat; und schwört dieser den Eid, so begründet derselbe die Publicianische Klage gegen den Deferenten. Wird hingegen der Eid dem Besitzer angetragen, und dieser schwört, daß die Sache dem Deferenten nicht gehöre, so giebt ihm der Eid eine Einrede, womit er sich gegen den Deferenten schützen kann, wenn dieser dennoch die Sache nachher gerichtlich als die seinige in Anspruch nimmt [28]).

2) Der Eid darf keinem Dritten, der an dem Prozeß keinen Antheil nimmt, zum Nachtheil gereichen. Daher kann weder einem concursmäßigen Schuldner der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger deferirt, noch von diesem der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger angetragen werden [29]); und der Eid, den der Kläger oder der Beklagte geschworen hat, giebt zwar diesem ein Recht, allein einem Dritten kann dieser Eid an der Verfolgung seines Rechts nicht hindern [30]).

§. 800.

28) *L. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Man sehe des 8. Theils 1ste Abtheilung. §. 585. S. 189.

29) *L. 9. §. 5. D. h. t.* Sed et si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret, sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

30) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

§. 800.

Die gerichtliche Eidesdelation als Beweismittel betrachtet.

So sehr man auch ehemals darüber stritte, ob die Eidesdelation zu den Beweismitteln zu rechnen sey, oder nicht; so ist doch jetzt die bejahende Meinung unstreitig die herrschende, insofern nämlich von dem gerichtlichen Eide die Rede ist. Just. Henning Böhmer [31]) hat dieses ausser allen Zweifel gesetzt. Nur darüber ist man noch nicht einverstanden, ob die Eidesdelation blos ein subsidiarisches Beweismittel sey, oder nicht vielmehr ein solches, dessen sich diejenige Parthey, welcher die Beweislast obliegt, auch dann bedienen könne, wenn ihr auch die Beweisführung auf andre Art möglich wäre? Leyser [32]) und Cocceji [33]) behaupten das erstere. Allein das letztere, welches die meisten [34]) annehmen, ist ohne Zweifel den Gesetzen gemäßer. Denn diese überlassen es ganz der Willkühr des Beweisführers, ob er sich der Eidesdelation, oder eines andern Beweismittels bedienen wolle [35]), und neh-

31) Diss. de probatione per delationem iuramenti. *Halae 1743.*

32) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXXVII. meditat. 5.

33) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. in fin.

34) *Io. Christ.* KOCH Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. §. 13. *Franc.* KROHN Diss. Selecta capita processualia de probationibus et reprobationib. exhib. (*Erlangae 1782.*) Cap. I. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 25. not. X. Tom. II. pag. 157. Danz Grds. des ordentl. Processes §. 241. und 367. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1163. a. E. u. a. m.

35) *L. 25. §. 3. D. de probat. L. 34. §. 6. D. h. t. L. 32. Cod. de fideicomm. L. 9. 11. et 12. Cod. de reb. credit. et iure-*

iur

nehmen nur einige wenige Fälle aus, wo die Eidesdelation bloß in Ermangelung anderer Beweismittel Statt haben soll, nämlich wenn Vormünder in Sachen ihrer Mündel den Eid deferiren [36]), oder der Eid als Gegenbeweismittel wider eine öffentliche Urkunde gebraucht werden soll [37]). Es fragt sich aber, ob nicht derjenige, welcher sich der Eidesdelation bedienen will, seine Behauptung wenigstens schon einigermaßen wahrscheinlich gemacht haben müsse? Mehrere Rechtsgelehrten [38]) wollen dieses wirklich behaupten. Allein, wofern nicht etwa die Proceßordnung eines Landes [39]) dieses zur Bedingung gemacht hat,

iur. Man sehe auch die preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 253.

36) *L. 35. pr. D. h. t.* VOET *h. t. §. 12.*

37) *L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.* Licentia danda sit creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerit legitimis modis, quod superfluum est, approbare vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum, — *vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint.* S. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 48.

38) COTHMANN Vol. II. Resp. 82. MASCARDUS de probation. Vol. II. Concl. 958. nr. 7. MEVIUS P. VI. Decis. 405. et P. IX. Decis. 78. FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 1. Def. 23. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 956. und besonders *Franc.* ALEF in Diss. de viribus iuramenti reo sine ullo praesumtionis adminiculo ab actore delati. *Heidelbergae 1757.* Cap. 2.

39) Wie z. B. die Bremische Hofgerichtsordnung vom Jahr 1675. P. II. Tit. 18. §. 1. S. PUFENDORF Tom. II. Obs. 151. ferner die Frankfurter Reformation P. I. Tit.

hat, ſo läßt ſich mit Grund behaupten, daß die Eidesdelation Statt finde, wenn gleich derjenige, welcher ſich derſelben bedienen will, nicht einmal eine Vermuthung für ſich haben ſollte [40]). Denn die Geſetze des gemeinen Rechts haben auch hierin der Willkühr des Beweisführers im Gebrauche der Eidesdelation auf keine Weiſe Schranken geſetzt [41]), ſondern ertheilen ihm vielmehr das Recht, den Eid zu deferiren, ſchlechthin, und verpflichten ihn bloß zur Ableiſtung des Eides für Gefährde, wenn ihn die Gegenparthey verlangt [42]). Ja es beſteht eben darin der Hauptnutzen der Eideszuſchiebung, daß man bey Ermangelung aller andern Beweismittel dazu ſeine Zuflucht nehmen kann [43]). Daher kann der Eid ſogar dann zugeſchoben werden, wenn auch die Behauptung des Deferenten an ſich

Tit. 39. §. 13. et 14. S. KOCH Diſſ de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii Cap. II. §. 14.

40) Dieß behaupten mit Recht VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. VINNIUS Select. iur. Quaeſt. Lib. I. cap. 42. a PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom II. Obſ. 151. LEYSER Specim. CXXXV. medit. 5. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 14. KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuramenti litis deciſorii. Cap. II. §. 12. et 13. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 52. Danz Grundſ. des ordentl. Proceſſes. §. 241. und Meiſter in den prakt. Bemerkungen aus dem Crim. und Civil-Rechte 2. Bd. Bem. 2. S. 19.

41) *L. 34. §. 6. D. h. t.* wo der Prätor ſagt: *Eum. a quo petetur iusiurandum, aut iurare, aut ſolvere cogam.* Dies wiederholen nochmals die Kr. Diocletian und Maximian in der *L. 9. C. de reb. cred.*

42) *L. 25. §. 3. D. de probat.*

sich unwahrscheinlich wäre, weil dasjenige, was auch an sich unwahrscheinlich ist, dennoch wahr seyn kann [44]). Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten, vermischen offenbar den freywilligen Eid mit dem nothwendigen. Man sieht dies deutlich aus den Beweisstellen, wodurch sie ihre Meinung unterstützen. Ihre Hauptstütze ist das *cap. ult. X. h. t.* wo es heißt: Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil praestiterit, obtinere; *praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum*: nisi iudex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum. Allein es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von dem freywillig angetragenen, sondern von dem nothwendigen Eide die Rede ist, welchen im Falle eines unvollkommenen Beweises der Richter auflegt, und zwar, wie es die Umstände erfordern, zuweilen dem Producten, welches dann der Reinigungseid genannt wird, wovon in dem angeführten Text die Rede ist, zuweilen dem Producenten, welches man den Ergänzungseid nennt.

Ob der Eid bloß in dem ordentlichen, oder auch in dem executiv Proceß Statt finde? ist ebenfalls unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige [45]) zählen die Eidesdelation zu den liquiden Beweismitteln, und lassen sie daher auch

43) *L. 35. pr. D. h. t. L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.*

44) S. Westphals Rechtsgutachten 2. Band Nr. 131. S. 227.

45) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Sp. CXXXV. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 51. MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 304.

auch im executiviſchen Proceſſe zu. Andere [46]) hingegen läugnen dieſes ſchlechterdings. Daß zur Begründung einer Executivklage keine Eideszuſchiebung gebraucht werden könne, iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, weil der Geiſt des Executivproceſſes klare Urkunden fordert, und ſchon die erſte Verfügung des Richters bey einer Executivklage, der Natur derſelben gemäß, auf Vorlegung der Documente gerichtet iſt [47]). Allein es fragt ſich, ob nicht wenigſtens dem Beklagten zur Begründung ſeiner Einreden die Eidesdelation im Executivproceſſe geſtattet ſey? Diejenigen, welche überhaupt die Zuläßigkeit des Eides im Executivproceß läugnen, wollen auch dem Beklagten den Gebrauch deſſelben nicht geſtatten, weil, dem Grundſatz der rechtlichen Gleichheit beyder Theile zu Folge, in einer beſtimmten Proceßart ſich der Beklagte zum Beweis ſeiner Vertheidigungsgründe keiner Beweismittel bedienen dürfe, worauf der Kläger ſeine Klage nicht bauen kann [48]). Allein auch davon abgeſehen, daß die Rolle des Beklagten in jedem bürgerlichen Rechtsſtreite immer vortheilhafter iſt, als

die

46) Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe §. 84. der 3. Ausgabe, und Gönner im Handbuche des teutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Band. Nr. LI.

47) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 2. §. 2. und beſonders EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 34. not r. Tom. II. pag. 163.

48) WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 36. BERGER Elect. Proceſſ. executivi. §. 38. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercitat. XIII. §. 16. Oeltze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 102. lit. D. S. 129. und Gönner a. a. O. §. 3.

die des Klägers [49]), so paßt ja der Grund gar nicht auf den Beklagten, aus welchem dem Kläger jenes Beweismittel nicht gestattet ist, weil dieser nicht eben so, wie der Kläger, seine Intention gerade auf klare Brief und Siegel zu gründen benöthiget ist, sondern seiner Pflicht ein Genüge thut, wenn er seine Einrede sogleich liquid macht [50]). Dies wird nun allerdings durch die Eidesdelation bewirkt, weil dadurch ohne Verlust von Zeit und Kosten die erforderliche juristische Gewißheit hergestellt werden kann. Der Kläger gewinnt dabey an Beschleunigung seiner Rechtssache um so mehr, da er durch dieses Mittel zum Richter in seiner eigenen Sache gemacht, und durch Leistung des ihm zugeschobenen Eides, die Einreden seines Gegners sofort aus dem Wege zu räumen, in den Stand gesetzt wird [51])? Wie könnte also der Kläger, dem an dem schnellen Ausgange des Rechtsstreits gelegen ist, leichter zum Ziele gelangen [52])? Aus gleichem Grunde kann sich auch der Kläger im Executivproceß zur Begründung seiner Replic der Eidesdelation bedienen [53]). Was ist denn auch der Di-

fe-

49) *L. 125. D. de Reg. iur. Cap. 26. X. de Sentent. L. 8. Cod. de edendo.*

50) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 34.

51) Einverstanden hierin sind auch Ludovici in der Einleitung zum Civilproceß. Kap. 3. §. 20. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 23. Westphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 10. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 9. Band. Meditat. 479. §. 4. S. 273. ff.

52) Gönner kann dies selbst nicht läugnen. Man sehe im angeführten Handbuch 2. B. Nr. LI. §. 4. S. 531.

53) S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 10. S. 75.

fessionseid, wodurch der Beklagte die Unrichtigkeit des Documents erhärtet, anders, als ein von dem Producenten zugeschobener Eid [54])?

Wenn ehe muß nun aber der Eid im Proceß deferirt werden? Es ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob in der Proceßordnung des Landes [55]) eine Frist bestimmt ist, binnen welcher die Eidesdelation geschehen müsse, oder nicht. In erstem Falle muß die vorgeschriebene Frist beobachtet werden, und es findet nach Ablauf derselben die Eidesdelation in der Regel nicht mehr Statt. In dem letztern Falle hingegen kann dieselbe nach gemeinem Rechte so lange geschehen, als noch nicht zum Urtheil geschlossen worden ist. Nach dem ältern römischen Recht vor Justinian mußte zwar die Eidesdelation noch vor der Litiscontestation geschehen, wie Malblanc [56]) gezeigt hat. Allein wie sich nach und nach die Gerichtsform bey den Römern änderte, und der Unterschied zwischen dem, was bey Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreites in iure, und was in iudicio geschehen mußte, aufgehoben wurde, so ward es nun Grundsatz, daß die Eidesdelation in jedem

54) S. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 50. Danz Grundsätze des ordentl. Processes. §. 334. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1181. S. 103. der 3. Ausg. Anderer Meinung sind Gönner im angef. Handbuche 2. B. Nr. XLVI. §. 13. S. 378. HOFACKER Princip. iur. civ. P. R. Tom. III. §. 4462. und Martin im Lehrbuch des gemeinen Prozesses §. 203. Not. d.

55) Beyspiele hiervon enthalten die sächsische und preußische Gerichtsordnung.

56) Doctr. de iureiur. §. 53.

Theile des Processes, zu Anfange, in der Mitte, oder auch noch am Schluße geschehen könne[57]). Es entsteht aber die Frage, ob auch in dem heutiges Tages besonders gewöhnlichen Falle, da vom Richter oder vom Gesetz ein Beweistermin vorgeschrieben ist, die Eidesdelation auch noch nach Verfluß desselben zuläßig sey? Es ist diese Frage unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele[58]) verneinen sie aus dem Grunde, weil die Eideszuschiebung unter die Beweismittel gehöre, und daher nach Ablauf der Beweisfrist eben so wenig für zuläßig gehalten werden könne, als der Gebrauch eines andern Beweismittels. Man fügt noch den Grund hinzu, daß wenn man das Gegentheil behaupten wollte, die peremtorische Kraft des Beweistermins nach Gefallen vereitelt werden könnte, welche doch das gemeine Beste zum Zweck hat, und dazu dienen soll, die Processe abzukürzen, und alle durch die Verlängerung der Beweise zu besorgende processualische Weitläuftig-

57) *L. 12. Cod. de reb. cred. Nov. LXXIII. cap. 4.* In der erstern Stelle heißt es: Omne igitur iuramentum, sive a iudicibus, sive a partibus inlatum, vel *in principio litis*, vel *in medio*, vel *in ipsa definitiva sententia* sub ipso iudice detur, non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

58) *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de probatione per iuramenti delationem. §. 20. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 6. Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Buch. Hptst. 13. §. 3. Nettelbladt Anleituug zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 292. Sieber Anleitung zum Proceß §. 195. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 25. not. x. Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes §. 214. GROLMAN Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 186. Not. b. S. 375. SCHNEIDER Lehre vom

tigkeiten zu vermeiden. Andere [59]) hingegen halten die Eidesdelation dessen ungeachtet auch nach dem Ablauf der Beweisfrist noch für zuläßig, theils weil das römische Recht, dessen heutiger Gebrauch sich hierin nicht bezweifeln lasse, die Eideszuschiebung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens bis zum Endurtheil erlaube, theils weil die Eidesdelation als ein Transact anzusehen sey, den Partheyen aber freystehen müsse, sich zu aller Zeit zu vergleichen, und dadurch den Rechtsstreit beyzulegen. Ueberdem sey die Eidesdelation ein subsidiarisches Beweismittel, und müsse daher dem Beweisführer noch immer zu Statten kommen, wenn er anfangs mit andern Beweismitteln auszulangen, und hierdurch des höchst gefährlichen und unsichern Beweismittels der Eidesdelation, wodurch man den Gegner zum Zeugen und Richter in seiner eigenen Sache

 macht,

vom rechtlichen Beweise. §. 704. THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1199.

59) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 164. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 154. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. § 812. und in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiur. §. 53. pag. 191. *Chr. Frid.* POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 8. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen §. 58. Not. 9. S. 97. Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 262. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. 29. u. Nr. 70. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 313. KOECHY Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. 4. Betracht. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4518. und der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. B. Medit. 281.

macht, überhoben seyn zu können, geglaubt, seine Absicht aber nicht erreicht hätte: weil es unbillig seyn würde, wenn nun ihm dieses letzte Hülfsmittel, die Wahrheit auszumitteln, entzogen werden, und derselbe, wegen seiner guten Absicht, nun sein Recht verlieren sollte. Unter diesen Meinungen verdient zwar die erste in der Theorie den Vorzug, weil die letztere sich mit der Natur einer peremtorischen Beweisfrist durchaus nicht verträgt, auch das römische Recht, welches keine peremtorische Beweisfrist kennt, hier keine Anwendung findet, sondern nur dann, wenn keine Beweisfrist vorgeschrieben ist, zur Anwendung kommen kann. Die Praxis nimmt indessen zum Grundsatz an, daß es dem Beweisführer, wenn er nur während der Beweisfrist seinen Beweis angetreten hat, noch frey stehe, sich in dem Falle, da er durch die gewählten Beweismittel seinen Zweck nicht erreicht hat, noch der Eidesdelation zu bedienen, wenn gleich der Beweistermin schon abgelaufen seyn sollte, sofern nur nicht der Beweis wider den Beweisführer ausgefallen ist [60]). Unter dieser Voraussetzung kann denn auch dem Beweisführer die Befugniß, seinem Gegner den Haupteid zuzuschieben, selbst noch in der Appellationsinstanz nicht abgesprochen werden [61]), weil ihm in

60) MEVIUS Part. IV. Decis. 5. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. III. Obs. 1. Consil. Tubing. Tom. IX. Consil. 20. nr. 19. sqq. STRYK de cautel. iuramentor. P. IV. Sect. I. Cap. I. nr. 10. sqq. von Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkelt 1. Bd. Erört. 57.

61) MEVIUS P. VIII. Decis. 49. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iür. civ. Tom. III. §. 4518. fin.

in den Reichsgesetzen [62]) ausdrücklich nachgelassen worden ist, noch in dieser Instanz neuen bessern Beweis beyzubringen.

Da die Beweisführung nach der Regel: iudici fit probatio, zur Sphäre der richterlichen Beurtheilung gehört, so ergiebt sich hieraus von selbst, daß der Richter nicht nur berechtiget, sondern auch verbunden sey, die Vollführung des Beweises durch einen Eid auf eine solche Weise zu leiten, wie sie erfordert wird, damit der Zweck erreicht, und der Richter von der Wahrheit des streitigen Factums überzeugt werden könne [63]). Daher legt Justinian [64]) einem gerichtlich deferirten Eide nur insofern eine rechtliche Wirkung bey, als er vom Richter genehmiget, oder unter richterlicher Auctorität ist zugeschoben worden. Vorzüglich aber ist die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ein Object der richterlichen Prüfung. Der Richter tritt hier von Amtswegen auf, und verwirft eine unzulässige Eidesdelation, wenn auch ihre Statthaftigkeit noch durch keine Einrede angefochten war [65]). Aus diesem Grunde darf daher der Rich-

62) Jüngster Reichsabschied v. J. 1654. §. 73. 74. und 118.

63) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Th. Abh. XLIX. §. 7. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de auctotitate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 6.

64) *L. 12. §. 1. Cod. de reb. credit.* Sed iuramento illato, *cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum:* vel *ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum*: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praestetur vel referatur: necessitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis sacramentum subire.

65) S. Gönners Handbuch 1. Band Abth. 10. §. 26. S. 266.

ter keine Eidesdelation über Reprobatorial-Artikel zulassen, die den Beweisartikeln direct entgegenstreiten. Zwar hat es keinen Zweifel, daß sich der Beklagte zum Beweis seiner Einreden eben so wohl, wie der Kläger zur Begründung seiner Klage, der Eidesdelation bedienen könne [66]; allein zum Beweis des Gegentheils dessen, was durch den Hauptbeweis hat dargethan werden sollen, ist keine Eideszuschiebung zulässig. Denn es war entweder

1) der Beweis vollkommen hergestellt; und dann ist die Eideszuschiebung nach klaren Gesetzen unerlaubt [67], weil hier schon eine Gewissensvertretung vorhanden ist, welche den Producenten von der Ableistung des zugeschobenen Eides befreyet. Oder

2) der Beweisführer hat nur einen unvollständigen Beweis beygebracht. Hier muß auf einen nothwendigen Eid, und zwar, nach Verschiedenheit der Fälle, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid, erkannt werden; und es kann daher von der Zuschiebung eines Eides über das Gegentheil wiederum gar keine Frage seyn. Oder endlich

3) der Beweisführer hat gar nichts bewiesen. Dann fällt die Eidesdelation, als überflüssig, schon durch sich selbst hinweg [68]. So klar dies alles vor Augen liegt, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten [69], welche der Meinung

66) Danz Grds. des ordentl. Processes §. 253.

67) *Cap. 2. X. de probat.*

68) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLI. §. 7.

69) *Io. Tob.* CARRACH Diss. de reprobatione per delationem iurisiurandi licita. *Halae 1737.* rec. 1756. und Nettelbladts Ver-

nung sind, daß auch durch Eidesdelation ein eigentlicher Gegenbeweis geführt werden könne. Allein diese Meinung läßt sich nur in dem besondern Falle rechtfertigen, da dem geführten Beweise Gründe entgegenstehen, die im Falle sie erweislich wären, die ganze Kraft desselben vernichten würden. Nur in diesem Falle findet die Eidesdelation auch gegen Urkunden Statt, sie seyen öffentliche oder Privaturkunden, wenn ihnen z. B. die Einrede der Simulation, des Irrthums, der Verfälschung, und dergleichen entgegengesetzt worden ist [70]). Außerdem muß die Eidesdelation, als ein Mittel, dadurch einen directen Gegenbeweis zu führen, schlechterdings verworfen werden, wenn auch der Beklagte selbst derjenige wäre, welcher den Gegenbeweis dadurch führen wollte, weil die Begünstigung, die sonst der Beklagte im Prozeß genießt, soweit nie ausgedehnt werden kann, um ihm etwas zu gestatten, was gegen deutliche Vorschriften der Gesetze streitet. Hierin haben Kläger und Beklagter gleiche Rechte [71]). Allein eine

Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 266.

70) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 12. Nr. III. (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 669.) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 7. sq. *Carl Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 381. Man vergleiche, was hiervon schon an einem andern Orte (§. 795. S. 213.) vorgekommen ist.

71) Die Gründe der entgegengesetzten Carrachischen Meinung findet man in *Ge. Steph.* WIESAND Progr. de reprobatione per iusiurandum caute instituenda. Nr. III. zu *Im. Gottl.* TOEPFER Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda, praeside WIESANDIO *Vitembergae 1790.* defensa. geprüft und widerlegt.

andere Frage ist, ob nicht im Gegenbeweise erlaubt sey, dem Producenten über diejenigen Thatumstände den Eid zu deferiren, worüber bereits die Probatorialzeugen nach den vom Producten eingereichten Interrogatorien abgehört worden sind? Viele Rechtsgelehrten [72]) vertheidigen in diesem Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation aus dem Grunde, weil durch die Interrogatorien keine Beweisführung unternommen werde. Denn etwas anders seyen Artikel, etwas anders bloße Fragstücke. Letztere hätten blos zur Absicht, dadurch auszuforschen, ob auch die Zeugen eine hinlängliche Wissenschaft von der Sache hätten, sie enthielten also noch keinen Gegenbeweis. Allein dieser Grund ist nicht bündig. Denn indem der Product die Probatorialzeugen über Thatumstände vernehmen läßt, welche darauf abzielen, den Beweis des Producenten zu entkräften, so unternimmt er in der That einen Gegenbeweiß. Es kommt hier nicht auf die Form, sondern auf die Wirkung an. Nun nimmt der Richter bey seinem Erkenntniß auf das, was die Probatorialzeugen auf die von dem Producten eingereichten Fragstücke geantwortet haben, eben so gut Rücksicht, als wenn er in bester Form Rechtens einen Gegenbeweis geführt hätte. Der Product würde also auf solche Art den Beweis durch Zeugen und Eidesdelation über einerley Gegenstände rechtswidrig cumuliren, und den Richter in große Verlegenheit setzen, wem er mehr trauen solle, den Zeugen, oder dem Eide? Mit Recht läugnen daher auch in die-

72) RIVINUS Enunciat. iuris Tit. XXI. §. 43. *Lud.* MENKEN Tract. synopt. proceſſ. iuris commun. et ſax. Tit. IX. §. 11. *God.* BARTH Hodegeta for. Cap. I. §. 42. not. c. nr. 5. p. 206. WERNHER Obſervat. for. Tom. III. P. III. Obſ. 57. und HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 404.

diesen Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation die neuern Rechtsgelehrten, unter denen ich einen Carl Heinrich Geisler [73]), Georg Stephan Wiesand [74]), und Johann Adam Theophilus Rind [75]), hier vorzüglich nenne.

§. 801.

Folgen einer geschehenen Eidesdelation. Annehmung, Zurückschiebung. Gewissensvertretung. Ungehorsam des Delaten, wegen nicht erfolgter Erklärung und dessen Folge.

Findet nun der Richter keine rechtliche Ursache den zugeschobenen Eid zu verwerffen, es ist auch gegen die Statthaftigkeit des geschehenen Antrages von Seiten des Delaten nichts Erhebliches eingewendet worden [76]); so ist die Folge einer gerichtlich geschehenen Eideszuschiebung die, daß sich der Delat darüber erklären muß, ob er den Eid ableisten wolle oder nicht. Hierin unterscheidet sich vorzüglich die gerichtliche Eideszuschiebung von der außergerichtlichen, daß bey der letztern diese rechtliche Nothwendigkeit, welche bey der gerichtlichen dem Delaten obliegt, wegfällt

73) Animadversion. ex iure universo depromtar. Spicileg. I. *Vitebergae 1787.* Animadv. 3.

74) Cit. Programm. Nr. IV.

75) Quaestion. for. Tom. II. Cap. 24.

76) Derjenige, welchem ein Eid zugeschoben worden ist, kann nämlich rechtliche Gründe anführen, warum der Eid entweder gar nicht, oder nicht so, wie er von dem Deferenten angetragen worden, Statt finde. Solche Beweiseinreden veranlassen dann oft ein eigenes Verfahren. S. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 375.

fällt [77]). Der Prätor sagt in seinem Edict, so wie solches Gerhard Noodt [78]) restituirt hat: *Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam, si is, qui petet iusiurandum, paratus sit iurare, non calumniae causa id se postulare. Si iusiurandum referre malet, quam iurare, potestatem faciam. Si is, qui iusiurandum petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei non dabo.* Den Grund dieser Verordnung setzt **Paulus** [79]) theils in der Abkürzung der Processe, theils in der Billigkeit. Hoc enim, sagt er, et compendio litium et aequitatis ratione provisum est. Darin weicht also die gerichtliche Eidesdelation, als Beweismittel betrachtet, von dem Begriff eines Vergleichs ab, daß es nicht von der Willkühr des Delaten abhängt, ob er den ihm zugeschobenen Eid annehmen oder ausschlagen wolle. Dagegen aber hat doch die gerichtliche Eideszuschiebung darin allerdings eine Vergleichsähnlichkeit behalten, daß die Gesetze den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, sondern ihm die Wahl geben, den Eid entweder anzunehmen oder zurückzuschieben [80]); ja nach der Praxis kann er sogar beydes durch die sogenannte Gewissensvertretung abwenden. Der Delat kann also den ihm angetragenen Eid entweder

1) an-

77) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de auct. iud. circa iusiurand. in iudicio delatum. §. 3. et 4. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 655.

78) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 284. sqq.

79) *Sententiar. receptar. Lib. II. Tit. 1. §. 1.* (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 267.)

80) *L. 34. §. 7. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de constituta pecunia. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

1) annehmen. Unter der Annehmung (*acceptatio iuramenti*) verſteht man die Erklärung desjenigen, dem ein Eid gerichtlich zugeſchoben worden iſt, daß er den Eid abzuleiſten bereit ſey. Oder er kann

2) den Eid zurückſchieben. Man nennt die Zurückſchiebung des Eides (*relatio iurisiurandi*) die Erklärung des Delaten, daß er den ihm zugeſchobenen Eid nicht ſchwören wolle, ſondern die Ableiſtung deſſelben von dem Deferenten verlange, Oder

3) er kann ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten. Unter dieſer Gewiſſensvertretung (*Probatio pro exoneranda conſcientia*) wird die Handlung des Delaten verſtanden, wodurch er den Richter auf eine andere Art, als durch den Eid, von der Richtigkeit der Behauptung ſeines Gegners zu überzeugen ſucht. Zu dieſer Erklärung wird dem Delaten ein Termin geſetzt, welcher gewöhnlich peremtoriſch iſt, und daher die Wirkung hat, daß, wenn ſich derſelbe nicht erklärt, und die ihm dazu geſetzte Friſt verſtreichen läßt, er nun wegen ſeines Ungehorſams als Geſtändiger behandelt wird [81]). Geht die Eideszuſchiebung auf verſchiedene Puncte, ſo kann auch die Erklärung über dieſelbe verſchieden ausfallen [82]), auf jeden Fall aber bleibt dem Delaten das ihm geſetzlich geſtattete Wahl-

81) *L. 34. §. 9. D. h. t. L. 38. D. eodem.* wo Paulus den Grund anführt: Manifeſtae turpitudinis et confeſſionis eſt, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. *L. 9. L. 12. C. de reb. credit. et iureiur.* S. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diſſ. de poena iurare nolentium. *Lipſiae 1748.*

82) S. Danz Grdſ. des ordentl. Proceſſes §. 376.

Wahlrecht unbenommen, wenn auch der Richter blos auf die Abschwörung des Eides erkannt haben sollte. Denn eine solche Sentenz ist immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wofern der Delat den Eid nicht etwa zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle [83]).

§. 802.

I. Annehmung des Eides und deren Folgen, besonders wenn der Acceptant vor der Ableistung desselben stirbt.

Hat der Delat den ihm zugeschobenen Eid angenommen, welches entweder schriftlich in der gewöhnlichen Proceßform, oder auch durch eine mündliche Erklärung zu Protokoll geschehen kann, so besteht die Wirkung einer solchen Annehmung darin.

1) Der Delat muß den Eid nun schlechterdings ableisten, oder er wird als Geständiger behandelt, wenn er die Ableistung ohne Schuld seines Gegners verweigert [84]). Es fin-

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXIX. meditat. 3. 4. et 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 385.

84) *L. 34. §. 6. D. h. t.* Si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore. Gewöhnlich behauptet man, der Beklagte verliere auch zur Strafe seine Einreden, wodurch er das Recht des Klägers hätte bestreiten können. S. BERGER Elect. Diceptat. for. Tit. XVI. Obs. 2. Not. 3. et Supplem. P. II. pag. 386. sq. HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium §. 3. et 4. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 61. Allein sollte ein solcher Verlust Statt finden, so müßte der Grund entweder in einer besondern Verordnung der Gesetze, oder in einem geschehenen Verzichte liegen. Nun läßt sich weder das eine noch das andere

findet daher nach geschehener Annahme des Eides weder eine Zurückschiebung desselben, noch eine Gewissensvertretung weiter Statt, es wäre denn, daß der Delat unterdessen neuen Beweis gefunden hätte, und auch bescheinigen könnte, daß er vorher keine Wissenschaft davon gehabt habe [85]).

2) Der Deferent hingegen ist an seinen Eidesantrag nicht gebunden, sondern kann den Eid bis zur wirklichen Ab-

dere mit Grund behaupten. Daß es an einer gesetzlichen Verordnung fehle, geben alle zu. Allein auch der letzte Grund, den man gewöhnlich annimmt, ist nichtig. Denn man sehe auch die gerichtliche Eidesdelation als einen bloßen Transact an, so läßt sich doch daraus weiter nichts, als die Uebereinkunft unter den Partheyen herleiten, daß wenn der Beklagte den Eid schwören wird, die Behauptung des Klägers für ungegründet gehalten, in dem entgegengesetzten Falle aber für wahr und erwiesen angenommen werden solle. Nun kann ja aber der Beklagte immerhin das Factum der Klage als wahr einräumen, ohne deswegen auch auf die ihm dagegen zustehenden Einreden Verzicht zu leisten. *L. 9. Cod. de except.* Daß auch der Beklagte anfangs die Klage abläugnen könne, und nachher, wenn der Kläger seine Intention erwiesen hat, doch noch mit seinen Einreden gegen die Ansprüche des Klägers zuzulassen sey, sagen die Gesetze deutlich. *L. 25. pr. D. de probat. L. 43. pr. D. de reg. iur.* Man vergleiche vorzüglich hierüber *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. III. Cap. 16. pag. 129. sqq. Auch WERNHER, der anfangs in Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 107. die entgegengesetzte Meinung hatte, hat sie nachher in dem Supplement zu dieser Observation sehr ausführlich und aus den bündigsten Gründen widerlegt.

85) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 55. Danz Grds. des ord. Processes §. 377. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. LI. S. 801. folg.

Ableistung desselben nach Willkühr zurücknehmen. Die Practiker wollen zwar dieser Willkühr des Deferenten auf mancherley Art Schranken setzen. Nach einigen [86]), denen auch Hellfeld beystimmt, soll die Widerrufung des zugeschobenen Eides nach der Annehmung desselben nur dann Statt finden, wenn der Deferent unterdessen neuen Beweis aufgefunden, und auch bescheinigen oder eidlich erhärten kann, daß er vorher davon keine Wissenschaft gehabt habe, auch der beygebrachte neue Beweis so beschaffen ist, daß daraus erhellet, der Delat werde einen Meineid begehen. Nach andern [87]) soll dem Deferenten, wenn ihn auch der Widerruf des zugeschobenen Eides noch gestattet ist, dennoch eine Veränderung derjenigen Puncte, über welche geschworen werden soll, nach der Annehmung des Eides nicht mehr erlaubt seyn, und mit neuem Beweise soll der Deferent nur dann Gehör finden, wenn er gehörig darthun oder bescheinigen oder doch eidlich erhärten kann, daß er von dem neu aufgefundenen Beweise vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Allein wofern nicht die besondere Proceßordnung eines Landes diese oder jene Einschränkung macht [88]); so lassen sich dieselben nach dem gemeinen Rech-

86) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 20. §. 5. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 394. MEVIUS Tom. I. P. II. Obs. 93. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 26. Struben rechtliche Bedenken 4. Band Bed. 2. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de probat. per delationem iuram. §. 27. u. a. m.

87) Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 377.

88) Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 298. kann ein deferirter Eid nach erfolgter Acceptation anders nicht widerrufen werden, als wenn durch die nachgebrachten

Rechte [89]) nicht annehmen, als welches ohne Unterſchied bis zur wirklichen Eidesleiſtung ſowohl die Zurücknahme des Eides, als auch andere Beweisführung zuläßt. Die Worte: *Si quis ſacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, ſi voluerit, praeſtare, ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praeſtetur*, wenn man damit die Anfangsworte vergleicht: *Si quis iusiurandum intulerit, et necdum eo praeſtito poſtea (utpote ſibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit*, ſetzen dieſes außer allen Zweifel. Eine beſondere Urſache der Zurücknahme erfordert das Geſetz nicht, genug, daß es der Beweisführer für rathſamer findet, ſich ſtatt des anfangs gewählten bedenklichen Mittels eines andern zuverläſſigern zu bedienen, um die Richtigkeit ſeiner Forderung oder ſeiner Einwendung zu beweiſen. Es ſetzt aber doch die Verordnung des Kaiſers Juſtinian voraus, daß auf die Ableiſtung des Eides noch nicht rechtskräftig erkannt ſey. Denn durch die richterliche Sentenz erhält erſt die Acceptation des deferirten Eides eine bürgerliche Verbindungskraft, welche die Zurücknahme des Antrags ausſchließt [90]), wie

ten Beweismittel das Gegentheil von dem, was der Acceptant beſchwören wollen, vollſtändig ausgemittelt iſt. Nach dem *Code Napoleon* Art. 1364. hingegen kann ein angetragener Eid gar nicht mehr zurückgenommen werden, ſobald der Gegentheil einmal erklärt hat, daß er bereit ſey den Eid zu leiſten.

89) *L. 11. Cod. de reb. cred. et iureiur.* Man ſehe über dieſe Verordnung MALBLANC de iureiur. §. 54.

90) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de auct. iud. circa iusiur. delat. §. 19. et 20.

wie aus folgenden Worten der angeführten Verordnung erhellet.

Post definitivam vero sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire, cuiquam concedimus.

Daß hier unter der *sententia definitiva* das richterliche Erkenntniß zu verstehen sey, wodurch dem Acceptanten die Ableistung des Eides auferlegt wird, erhellet ganz klar aus den Basiliken [91]), aus welchen folgende Stelle hier bemerkt zu werden verdient:

Μέχρι δὲ τότε ἔξεσιν τῷ ἐπάγοντι τόν ὅρκον καὶ μήπω αὐτὸν λαβόντι μεταμελεῖσθαι, ἕως ὅτε ἀπόφασις ἐξέλθῃ ἐπιτρέπουσα δοθῆναι τόν ὅρκον. ἀποφάσεως γὰρ ἅπαξ ἐξενεχθείσης, καὶ δηλονότι μὴ ἐπιδοθείσης, ἢ γενομένης μὲν ἐκκλήτου, βεβαιωθείσης δέ τῆς πρώτης ἀποφάσεως ἐν τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἐκκλήτου, οὐκέτι ἔξεσι μετακαλεῖσθαι τῷ ἐπαγαγόντι τὸν ὅρκον, καὶ μεταπηδᾷν πρὸς ἑτέρας ἀποδείξεις, ἵνα μὴ ἄνωθεν δικαζόμενος τὸ τέλος τῆς πρώτις ὑποθέσεως ἀρχὴν δευτέρου δικαστηρίου ποιήσηται. i. e. *Eousque autem mutare voluntatem liceat deferenti iusiurandum, quod nondum praestitum est, quousque sententia lata fuerit, quae iusiurandum praestari iubeat. Nam postquam sententia lata est, nec appellatio interposita est, aut interposita quidem est, sed prior sententia in iudicio appellationis confirmata est, non amplius ei, qui iusiurandum detulit, poenitere conceditur, et ad alias probationes transire, ne lite repetita finis negotii alterius causae fiat exordium.*

Mit

91) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Const. 53. pag. 132.

Mit Recht konnte auch der Geſetzgeber die Sentenz des Richters, wodurch auf die Eidesleiſtung erkannt worden, eine ſententia definitiva nennen, weil durch den Eid der Rechtsſtreit entſchieden wird, und der römiſche Richter ſich bey ſeinem Ausſpruch der Formel bediente: *ut vel iuret reus, vel ſolvat* [92]). Aus allem ergiebt ſich klar, daß von einem Beweiſe pro evitando periurio überall keine Rede ſey [93]), und eben ſo wenig erfordert der Geſetzgeber gerade neu aufgefundene Beweiſe, um den angetragenen Eid widerrufen zu können. Leyſer [94]) geht indeſſen zu weit, wenn er den Satz aufſtellt, daß auch der Widerruf des deferirten Eides ſogar denn noch Statt finde, wenn auf die Ableiſtung deſſelben ſchon rechtskräftig erkannt worden iſt. Der angeführten geſetzlichen Vorſchrift ſtreitet dieſe Meinung offenbar entgegen. Er meint zwar, daß ſeine Meinung dem Geiſt des Geſetzes entſpreche. Adeone, ſchreibt er, poſt rem iudicatam iudici permiſſum eſt, aditum periuriis facere? an rei iudicatae auctoritas efficiet, ut temere iurare, et nomen Dei vane uſurpare peccatum non ſit? Allein Leyſer ſetzt hier voraus, daß der Grund des Geſetzes in Verhütung der Meineide beruhe, wovon doch das Geſetz überall nichts enthält, es geht vielmehr das Gegentheil daraus hervor, daß der Geſetzgeber die Zurücknahme des angetragenen Eides nur bis zur Sentenz des Richters erlaubt. Da indeſſen das Canoniſche Recht dem Rich-

92) S. BOEHMER cit. loc. in Elect. iur. civ. Tom. II. p. 683.

93) S. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de imaginaria aequitate probationis pro evitando periurio. *Halae* 1734. §. 18.

94) Meditat. ad Pand. Specim. CXXXVIII. medit. 1. et 2.

ter zur Pflicht macht, dahin zu sehen, daß keine solche Eide geschworen werden, bey denen entweder die Gefahr des Meineides vorhanden ist, oder aus deren Ableistung keine rechtsbeständigen Folgen und Wirkungen zu erwarten sind [95]); so hat es nach dem heutigen Gerichtsgebrauch keinen Zweifel, daß des vorhandenen rechtskräftigen Erkenntnisses ungeachtet, wodurch der zugeschobene Eid bestätiget worden, der Widerruf, ja eine Verwerfung desselben von richterlichen Amtswegen Statt finde, wenn desselben Ableistung entweder an sich als nunmehr ganz unnöthig befunden, oder dieselbe einen offenbaren Meineid veranlassen würde [96]).

In Absicht der Beweisführung, welche der Producent an die Stelle des zurückgenommenen Eides treten lassen will, ist jedoch noch zu bemerken, daß kein peremtorischer Beweistermin entgegenstehen dürfe [97]). Denn wo ein solcher Termin bestimmt ist, da kann der Beweisführer zwar vor dessen Ablauf Veränderungen am Beweise nach Will-

95) *Cap. 2. X. de probat. Cap. 9. de Sentent. et re iudic.*

96) *Ferd. Christ.* HARPPRECHT Diss. de revocatione iuramenti delati §. 39. 40. 56. et 57. (Vol. I. *Dissertat. academ.* Dis. 20.) MEVIUS P. II. Decis. 93. et P. VII. Decis. 195. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 69. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 109. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4521. not. c. von Quistorp Beyträge Nr. LI. S. 800. und Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 16. und 2. B. Nr. 20. ad Quaest. 2. Nr. 3. S. 323. f.

97) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 214. S. 297. der zweyten Auflage.

Willkühr vornehmen, allein nach deſſen Ablauf iſt es ihm nicht mehr erlaubt, verabſäumte Beweismittel zu gebrauchen. Soll alſo Zurücknahme eines zugeſchobenen und bereits acceptirten Eides noch nach Ablauf der Beweisfriſt Statt finden, ſo müſſen es neu aufgefundene Beweiſe ſeyn, deren er ſich bedienen will [98]). Denn da bey dieſen dem Beweisführer kein Verſchulden zur Laſt fällt, ſo können ſolche Beweiſe ſogar eine Reſtitution wider ein rechtskräftiges Urtheil begründen [99]). Auf jeden Fall bewirkt aber die Zurücknahme des zugeſchobenen Eides ſoviel, daß der Beweisführer nicht mehr zu dieſem Beweismittel ſeine Zuflucht nehmen kann, wenn ihm der gewählte neue Beweis mißlingen ſollte [100]). Juſtinian verordnet dieſes ausdrücklich in der angeführten *L.* 11. *Cod. de reb. credit.* worin es heißt: Sancimus, *nemini licere penitus iterum ad ſacramentum recurrere:* ſatis enim abſurdum eſt, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum deſperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.

Wenn der Delat zwar den ihm zugeſchobenen Eid acceptirt hat, aber noch vor deſſen wirklichen Ableiſtung ſtirbt, ſo iſt die Frage, ob der angenommene Eid für abgeſchworen gehalten werden könne, oder nicht, unter den Rechtsge-

98) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Bd. Nr. XXXIX. §. 4—6.

99) S. den 5. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 432. S. 399. und Gönners angef. Handbuch 3. Band Nr. LXVI.

100) *de* COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 27.

lehrten sehr streitig. Viele [1]) behaupten ganz allgemein, daß in diesem Falle der Tod die Ableistung des Eides ersetze, weil man von jedem Sterbenden vermuthen müsse, daß er sein Gewissen bedacht haben werde. Andere [2]) hingegen nehmen diese Meinung nur unter folgenden Einschränkungen an, nämlich 1) wenn der Verstorbene ein rechtschaffener und gewissenhafter Mann war, 2) den Eid selbst in Person und nicht durch einen Bevollmächtigten acceptirt hatte, und dann auch 3) die wirkliche Ableistung des Eides nicht von ihm selbst durch eigene Schuld und Verzögerung verhindert worden ist. Noch andere [3]) erfordern, wenn der Tod die Kraft der Eidesleistung haben solle, daß die Sache nicht anders, als durch den deferirten Eid entschieden werden könne, auch der Verstorbene schon soviel für sich gehabt haben müsse, daß zu vermuthen sey, er werde den Eid mit gutem Gewissen abgeleistet haben. Dagegen läugnen andere [4]) ohne Unterschied, daß der Eid wegen des erfolg-

1) GAIL Lib. II. Obs. 43. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Sam.* STRYK Diss. de morte loco iurisiurandi. *Halae* 1703. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40.

2) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLIV. medit. 1. sq. Claproth im ord. bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 327. von Bülow und Theod. Hagemanns praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erört. XX. S. 138. f. SCHNEIDER vollständ. Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 68. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Processe. 1. Th. §. 321. S. 425. und Danz Grds. des ord. Processes §. 370. a. E.

3) MEVIUS P. V. Decis. 46.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 70. in fin. BERGER Elect. disceptat. for. pag. 577. Struben rechtl. Bedenken

erfolgten Todes des Delaten, welcher ihn angenommen hatte, für abgeſchworen gehalten werden könne, weil weder ein Geſetz vorhanden ſey, welches dieſe Meinung begünſtige, noch ſonſt hinreichende Gründe zur Rechtfertigung derſelben angeführt werden könnten. Dieſer Meinung ſtimmen auch die meiſten neuern Rechtsgelehrten [5]) bey, nehmen jedoch den Fall aus, wenn der Verſtorbene durch die Schuld des Deferenten, oder durch deſſelben abſichtliches in die Länge Ziehen an der Ableiſtung des Eides verhindert worden ſey. Nur in dieſem einzigen Falle ſey der Eid als abgeſchworen zu betrachten. Bey dieſer großen Verſchiedenheit der Meinungen kommt alles darauf an, was die Natur der Sache und die Rechtsanalogie lehren. Denn an dieſe müſſen wir uns hier lediglich halten, weil es an einer beſtimmten Verordnung des gemeinen Rechts fehlt,

denken 4. Th. Bed. 2. S. 6. *Lüd.* MENKEN Progr. iuramentum in iudicio delatum acceptatumque ob mortem acceptantis ſimpliciter pro praeſtito habendum non eſſe, niſi aliud obſervantia fori receperit. *Lipſiae 1705. Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de effectu oblationis ad iurandum, mortuo ante praeſtationem offerente. *Vitemb. 1724.* WALCH Controv. iuris civ. pag. 765. und *Io. Dav.* NEUENDORFF Diſſ. de morte loco iurisiurandi. *Bützovii 1787.*

5) S. *Ad.* SEYFRIED Specim. inaug. reſolvens, praemiſſis generalibus de iuramento principiis, quaeſtionem, num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praeſtito queat? praes. *Gallo Aloyſio* KLEINSCHROD def. *Wirceburgi 1798. Grolmann* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 95. MÜLLER Obſerv. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. I. Obſ. 327. BIENER Syſtem. proceſſus iudiciar. Tom. I. §. 170. in Obſ. pag. 333. ſq. THIBAUT Syſt. des R. P. 3. B. §. 1164. not. x. u. a. m.

welche diese Frage entscheidet. Entscheidet die besondere Proceßordnung eines Landes [6]) darüber, so versteht es sich von selbst, daß hierauf zunächst Rücksicht zu nehmen ist. Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß die aufgestellte Vermuthung, der Sterbende werde sein Gewissen bedacht haben, weil nicht zu glauben sey, daß Jemand, der auch den Vorsatz gefaßt hätte, einen falschen Eid zu schwören, sterben werde, ohne zuvor diesen zu widerrufen, und seine Seele zu retten, mag sie auch immerhin den Grundsätzen der Moral und des Christenthums entsprechen, dennoch in den

6) So verordnet z. B. die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. 5. Abschn. §. 378. „Wenn ein angetragener oder zurückgeschobener Eid unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen worden, und der Acceptant verstirbt vor der wirklichen Ableistung, so wird selbiger für geschworen geachtet. Ist hingegen die Annahme nur unter dem Vorbehalte eines eingewandten Rechtsmittels erfolgt, so müssen die Erben den Eid annoch leisten. Doch steht denselben bey dergleichen ihrem Erblasser angetragenen, und von diesem angenommenen Eiden, die Zurückschiebung noch allemal frey.„ Auch nach der Zellischen Tribunalsordnung P. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12. soll der deferirte Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Verstorbene einmal den Eid acceptirt hatte, und er nicht in mora gewesen wäre. S. von Bülow's und Hagemanns prakt. Erörterungen 3. Band Erört. 20. S. 136. Dahingegen ist in der Sächsischen Gerichtsordnung Tit. XVIII. §. 8. verordnet, daß wenn auch gleich die Parthey den ihr zugeschobenen Eid acceptirt hätte, vor desselben wirklicher Ablegung aber verstürbe, der angenommene Eid doch nicht pro praestito gehalten werden solle, sondern es sollen desselben Erben nichts desto minder solchen Eid, jedoch nur de credulitate, abzuschwören schuldig seyn. S. BIENER im angeführten Systeм. proc. iudic. Tom. I. pag. 334.

den Geſetzen keinen Grund habe, und daher die Behauptung, daß der Tod anſtatt des Eides gelte, wenn der Acceptant vor der wirklichen Ableiſtung deſſelben ſtirbt, zu rechtfertigen, auf keine Weiſe im Stande ſey. Man wird ſich davon leicht überzeugen, wenn man das Geſetz etwas genauer prüft, worauf man ſich gewöhnlich beruft. Es iſt die *L.* 6. *Cod. ad Leg. Iul. repetundar.* wo es heißt: Neminem *divini timoris*, contemnendo iusiurandum, arbitramur *immemorem*, *ut ſaluti propriae ullum commodum anteponat.* Allein es leuchtet in die Augen, daß dieſe Worte keine verba dispoſitiva, ſondern blos verba enunciativa ſind, die folglich keine Geſetzeskraft haben. Sodann aber handeln ſie auch gar nicht von dem Falle, da Jemand den Eid noch nicht wirklich abgeſchworen hat. Nun iſt zwiſchen der bloßen Annahme des Eides und der wirklichen Ableiſtung deſſelben noch ein großer Unterſchied. Denn die Erfahrung lehrt, daß die Menſchen von Natur leichter einen Eid annehmen, als ihn wirklich abſchwören. Der Acceptant kann vielleicht nie die Abſicht gehabt haben, den Eid wirklich abzuleiſten, ſondern nahm ihn an, um ſeinen Gegner zu ſchrecken, und ihn auf ſolche Art zu einem Vergleiche zu beſtimmen. Eben deswegen, weil bey der Annehmung eines angetragenen Eides nicht immer der ernſtliche Vorſatz Statt findet, den Eid wirklich abzuſchwören, wird immer dem Acceptanten eine Bedenkzeit gegeben, eben deswegen geſchieht auch vor der Ableiſtung eine ernſtliche Ermahnung, wodurch nicht ſelten die wirkliche Ableiſtung, aller vorhanden geweſenen Bereitwilligkeit des Acceptanten ungeachtet, hintertrieben wird. Daß aber auch wircklich die Abſicht der Kr. Theodos und Valentinian, von welchen die *L.* 6. *cit.* herrührt, gar nicht geweſen

sey, durch jene Worte eine allgemeine Regel aufzustellen, ergiebt sich aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: Tamen, ut ad salutis timorem etiam necessitas periculi subiungatur: *si quis ausus fuerit praebita sacramenta negligere*, — accusandi cunctis, tanquam crimen publicum, concedimus facultatem, quadrupli poena eo, qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo. Wollte man endlich auf jenes Gesetz ja die vermeintliche Vermuthung bauen, so würden doch die Vermuthungen anderer Gesetze [7]) entgegen stehen, in welchen es heißt: *perturbatione mortis pressum facile eorum, quae essent acta, oblivisci*; es würde also hier eine Collision entstehen, in welcher doch immer jene allgemeine Präsumtion der besondern würde weichen müssen. Nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher wider besseres Wissen und Ueberzeugung einen Eid acceptirt hatte, von einem so schnellen Tode überrascht werden kann, daß ihm weder Zeit noch Fassung übrig blieb, die begangene Handlung zu bedenken, und solche zu widerrufen. Wie läßt sich wohl in einem solchen Falle nach der Vernunft behaupten, daß der Acceptant, ohne die Eidesannehmung zu widerrufen, nicht gestorben seyn würde, sondern sein Seelenheil werde bedacht haben? Cocceji [8]) scheint die Schwäche jenes Arguments auch wohl gefühlt zu haben. Er sucht daher seine Meinung noch vorzüglich auf den Satz zu bauen, daß derjenige, an dem es nicht gelegen, eine gewisse Verbindlichkeit zu erfüllen, eben so anzusehen sey, als ob er derselben ein Genüge geleistet hätte. Allein auch diese Regel ist in ihrer Allgemeinheit

7) *Nov. XVIII. cap. 6.*

8) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 40.

heit offenbar unrichtig [9]), und findet nach den klaren Worten der von Cocceji angeführten Geſetzſtelle, *L.* 39. *D. de Reg. iur.* In omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae ſit, quominus fiat; blos in dem beſondern Falle Anwendung, wo Jemand durch des Andern Schuld an Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit gehindert worden iſt.

Wenn nun gleich aus allem dieſen klar hervorgeht, daß die Meinung derjenigen, welche ohne Unterſchied behaupten, daß der Tod dem Eidſchwur gleich zu achten ſey, wenn der Delat, der den ihm zugeſchobenen Eid angenommen hatte, vor der wirklichen Abſchwörung verſtirbt, auf keine Weiſe gerechtfertiget werden kann; ſo würde es doch auf der andern Seite wider alle Billigkeit und Rechtsanalogie ſtreiten, wenn wir aus dem lächerlichen Grunde des **Baldus**: *Quod non omnis moriens ſit Iohannes Evangeliſta*, ohne alle Ausnahme das Gegentheil behaupten wollten. Zwar läßt ſich nach der Natur der Sache allerdings als Regel annehmen, daß ein Eid blos darum, weil er von dem Delaten angenommen worden iſt, noch keinesweges für abgeſchworen zu halten ſey, wenn gleich der Tod des Acceptanten die Ableiſtung deſſelben gehindert hätte. Denn man betrachte den gerichtlich zugeſchobenen Eid als Beweismittel; ſo verſteht es ſich ja von ſelbſt, daß dieſes anders nicht von Wirkung ſeyn kann, als wenn der intendirte Beweis dadurch wirklich voll-

9) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum*. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Qu. 38. not. z. pag. 260. Man vergleiche z. B. *L. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſa non ſec.* und *L.* 15. §. 6. *D. locati.* Das hingegen enthält *L.* 38. §. 1. *D. eod.* und *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* ein beſonderes Recht.

vollführt, folglich der angenommene Eid entweder wirklich abgeschworen oder verweigert worden ist. Der Tod des Acceptanten an und für sich enthält weder für das eine noch für das andere einen hinreichenden Grund. Oder man betrachte den deferirten Eid als einen Transact; so ist wiederum die Eidesableistung die Bedingung, welche erfüllt werden muß, wenn der Deferent für sachfällig soll erklärt werden können. Diese Bedingung kann zu desselben Nachtheil, bloß wegen des eingetretenen Todes des Acceptanten, nach Recht und Billigkeit nicht für erfüllt gehalten werden, sofern dem Deferenten, wegen der Nichtableistung des Eides keine Schuld zur Last fällt, wenn man zumal erwägt, daß nach gemeinen Rechten der Deferent den Eidesantrag nach Willkühr bis zur Ableistung zurücknehmen darf [10]). Diese Freyheit würde ja demselben auf eine ungerechte Art entzogen werden, wenn der Eid, wegen des erfolgten Todes des Acceptanten, für abgeschworen angenommen würde. Allein jene Regel ist doch nicht ohne Ausnahme.

Um nun also die Frage, ob und in wiefern ein gerichtlich deferirter Eid, wenn dessen Ableistung durch den erfolgten Tod des Acceptanten verhindert worden ist, für abgeleistet zu halten sey, oder nicht? gründlich zu entscheiden; so sind folgende Fälle zu erörtern.

1) Der Verstorbene, welcher den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, ist durch des Deferenten Schuld gehindert worden, ihn vor seinem Tode abzuschwören.

Hier

10) *L. 11. C. de reb. cred. Cap. 9. X. de fide instrum.*

Hier ist der Eid für abgeleistet anzusehen, es wäre denn, daß der verstorbene Acceptant wegen Meineides verdächtig gewesen, und deswegen nicht zur Ableistung hätte gelassen werden können [11]). Außerdem muß der Deferent billig die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen [12]). Der eigentliche Grund, warum in diesem Falle der Eid für abgeleistet angenommen werden muß, ist die schon oben angeführte Rechtsregel [13]: *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund. Derjenige, welcher sich der Eideszuschiebung bedient, geht zugleich mit dem Delaten die Bedingung ein, daß er seine Behauptung aufgeben wolle, im Falle dieser den Eid über das Gegentheil ableisten würde [14]). Wenn nun der Delat den Eid angenommen, und sich zu dessen Ableistung bereit erklärt hat, der Deferent aber durch seine Handlungen es dahin bringt, daß jene Bedingung nicht erfüllet wird, so muß sie zu seinem Nachtheil, damit der andere nicht dadurch leide, für erfüllt gehalten werden. Es ist auch dieses in den Gesetzen klar verordnet. In iure civili receptum est, sagt Ulpian [15]) *quotiens per eum, cuius interest, conditionem non*

11) Man vergleiche hier vorzüglich des Hect. Wilh. von Günderrode, genannt von Kellner, Werke aus dem teutschen Staats- und Privatrecht 2. Band Nr. 7. §. 3. S. 235. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 40. not. z.

12) *L. 173. §. 2. D. de Reg. iur.* Unicuique sua mora nocet.

13) *L. 39. D. de reg. iur.*

14) *L. 3. D. h. t.*

15) *L. 161. D. eodem. L. 24. D. de condit. et demonstrat.* Man sehe auch *Pufendorf* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56.

non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

2) Der verstorbene Acceptant hat durch seine eigene Schuld die Ableistung des Eides verzögert. Hier ist der Eid nach der Regel, daß jeder die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen muß [16]), für desert anzusehen. Jedoch ist auch hier der Fall auszunehmen, wenn der Acceptant aus rechtmäßiger Ursache, z. B. weil gegen die Eidesformel eine gegründete Einwendung war gemacht worden, von dem Richter selbst einen Aufschub erhalten hätte. Hier kann freylich der Eid nicht für desert erklärt werden. *Qui enim sine dolo malo ad iudicium provocat*, sagt Julian [17]), *non videtur moram facere.*

3) Es fällt keinem von beyden Theilen, weder dem Deferenten, noch dem Acceptanten, eine Schuld zur Last, daß der angenommene Eid nicht abgeleistet worden ist. Hier ist der acceptirte Eid weder pro praestito noch pro deserto zu halten [18]), sondern es kommt darauf an, ob die Erben schwören können, oder nicht. Im ersten Falle kann ihnen der Eid deferirt werden. Daß sie aber auch den Eid noch zurückschieben können, leidet keinen Zweifel. In dem letztern Falle hingegen geht durch den Tod des Acceptanten das Beweismittel der Eidesdelation verlohren. Denn der frühzeitige Tod des Acceptanten ist hier als ein bloßer

16) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iur.*

17) *L. 63. D. eodem.*

18) LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiurandi §. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 275. und HOFACKER Tom. III. §. 4522

bloßer Zufall anzuſehen, durch welchen nach der Regel: *caſus fortuiti a nemine praeſtantur* [19]), Niemand leiden kann, als diejenige Parthey, welche durch die Eideszuſchiebung ein Recht erlangen oder beweiſen wollte. Es muß alſo nun der Deferent einen andern Beweis antreten, und es kann ihm, wenn etwa die Beweisfriſt unterdeſſen verſtrichen ſeyn ſollte, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ex clauſula Praetoris generali nicht abgeſchlagen werden [20]). Denn da dem Deferenten wegen des unvorhergeſehenen Todesfalles des Acceptanten kein Verſchulden zur Laſt fällt, ſo muß ihm dieſe Rechtshülfe noch billig zu ſtatten kommen [21]).

Es fragt ſich aber, ob dieſe Grundſätze auch in dem Falle anzuwenden ſind, wenn ſich diejenige Parthey, welcher eigentlich die Verbindlichkeit der Beweisführung im Proceß nicht oblag, ſondern die den Beweis von ihrem Gegner hätte erwarten können, dennoch freywillig der Eidesdelation bedient hätte, der Gegner auch den Eid angenommen hat, aber vor der Ableiſtung deſſelben ſtirbt? Man ſollte glauben, daß in dieſem Falle der Eid ohne Unterſchied für abgeſchworen zu halten ſey, weil hier der Deferent ein beſonderes Vertrauen in die Gewiſſenhaftigkeit ſeines Gegners geſetzt zu haben ſcheint [22]). Allein, genau erwo-

19) *L. 23. in fin. D. de div. reg. iur.*

20) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. a. E. S. 179.

21) S. Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 2. Band Nr. XXXIX. §. 6.

22) Dies iſt auch Hrn. Prof. Malblancs Meinung in ſeinem klaſſiſchen Werke de iureiur. §. 56. pag. 202.

erwogen, hat dieser Grund zu wenig Gewicht, um von den vorgetragenen Grundsätzen in diesem besondern Falle abzuweichen. Denn es kann ja überhaupt von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [23]). Wer also sich der Eidesdelation bedient, setzt allemal ein besonderes Zutrauen in die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, und glaubt, er werde sein Gewissen bedenken, und keinen falschen Eid schwören, besonders wenn den Deferenten zum Eidesantrage gar keine Noth trieb. Wie kann also aus diesem Grunde der Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Acceptant vor der Ableistung verstirbt [24])?

§. 803.

II) Zurückschiebung des Eides, und deren Folgen.

Will derjenige, welchem der Eid gerichtlich deferirt worden ist, ihn nicht annehmen, so kann er auch erklären, daß er die Forderung seines Gegners für gegründet annehmen wolle, wenn dieser den Eid selbst schwören würde, das heißt, er kann den Eid zurückschieben [25]). Es kommt hier auf zwey Fragen an.

1) Wenn

23) S. *Grolman* Theorie §. 92. S. 170.

24) Man vergleiche hier des Dr. Adam Seyfrid oben angef. Diss. resolv. quaestion. Num iuram. delatum in iudicio acceptatumque, interven. morte accept. haberi pro praestito queat? §. 46.

25) In der *L.* 25. §. 1. *D. de constit. pecun.* wird gesagt: Nemo dubitat, *modestius facere,* qui referat, quam ut ipse iuret.

1) Wenn findet die Zurückſchiebung des Eides Statt? Da auch die Zurückſchiebung des Eides eine Art der Eidesdelation iſt [26]); ſo kann ſie nur unter den Bedingungen geſchehen, unter welchen überhaupt die Eideszuſchiebung zuläſſig iſt [27]). Sie findet alſo nur dann Statt,

a) wenn der Deferent von der Sache, worüber ihm der Eid zurückgeſchoben worden, Wiſſenſchaft haben kann, oder haben muß, und es iſt übrigens gleichviel, die Handlung, welche den Gegenſtand des zu ſchwörenden Eides ausmacht, mag eine gemeinſchaftliche, das iſt, eine ſolche ſeyn, woran beyde Partheyen, ſowohl der Deferent als Referent, gleichen Antheil genommen haben, oder eine fremde [28]). Iſt daher der Eid dem Gegner über deſſelben eigene Handlung zugeſchoben worden, wovon nur er aus eigener Wiſſenſchaft unterrichtet ſeyn kann, z. B. es iſt bey einer Injurienklage der Eid über die Abſicht zu beleidigen deferirt worden, oder die Eideszuſchiebung betrift ſonſt ein dem Delaten Schuld gegebenes eigenes Verbrechen; ſo findet keine Zurückſchiebung Statt, und es iſt der Deferent auch nicht einmal den Eid des Glaubens zu ſchwören verbunden [29]). **Ulpian** ſagt *L.* 11. §. 1. *D. rer. amot.*

Qui

26) Cit. *L.* 25. §. 1. *D. de pecun. conſtit.*

27) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. de relatione iurisiurandi. *Tub. 1674.* §. 12. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque §. 17.

28) S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 43. und beſonders Joh. Lud. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. XXXXI. §. 1. u. 2.

29) S. LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 72. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bds Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th.

Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis iusiurandum deferre, cogitur aduersarius iurare: *nihil divortii cauſa amotum eſſe*: und §. 3. fügt er hinzu: Si quis delatum ſibi iusiurandum *referre velit*, non videtur Praetor permiſiſſe; womit noch *L.* 12. *eodem* zu verbinden, wo Paulus ſagt: Non magis, quam ſi quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipſe fur ſit. In der *L.* 13. D. eodem beſtätigt Ulpian ſeine Meinung noch durch die Auctorität des Labeo, wenn er ſagt: Ideo *Labeo* ſcribit, mulieri non eſſe permittendum, *referre iusiurandum*: et ita Edictum ordinatum videtur. Wenn nun gleich alle dieſe Stellen zwar nur von einer eigenen unerlaubten Handlung des Delaten reden, ſo iſt es doch keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch bey einer eigenen erlaubten Handlung deſſelben das Nämliche Statt finde, wenn nämlich nur der Delat, nicht aber der Deferent davon hinlänglich unterrichtet iſt [30]). Wie aber, wenn die eigene Handlung des Gegners z. B. des Beklagten, ſo beſchaffen wäre, daß der Kläger hiervon eine gleiche Wiſſenſchaft hätte, würde nicht in dieſem Falle eine Zurückſchiebung des Eides Statt haben? Es ſcheint mir darauf anzukommen, ob die eigene Handlung des Beklagten, welche den Gegenſtand der Eidesdelation ausmacht, eine erlaubte, oder unerlaubte ſey. In dem erſten Falle hat die Zuläſſigkeit der Zurückſchiebung nicht den mindeſten Zwei-

4. Th. Decis. CLXXVI. Nr. 2. BOEHMER cit. Diſſ. §. 17. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 9. Band. Medit. 450. S. 129. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1164. a. E.

30) S. BOEHMER cit. Diſſ. §. 17. in fin. und Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen. 2. B. Nr. 41. §. 3.

Zweifel [31]). In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden. Der Kläger hat entweder dem Beklagten über die ihm Schuld gegebene eigene Handlung den Eid deferirt, oder der Beklagte hat dem Kläger darüber den Eid zugeschoben. Im ersten Falle findet keine Zurückschiebung Statt. Alle die oben angeführten Gesetze sagen dieses einstimmig. Gemeiniglich setzen zwar die Rechtsgelehrten den Grund darin, weil der Beklagte am besten wissen müsse, ob er schuldig oder unschuldig sey, welches hingegen der Kläger nicht immer mit vollkommener Gewißheit behaupten könne; sie wollen daher, wenn das letztere wirklich der Fall seyn sollte, auch sogar dem Beklagten über das ihm Schuld gegebene eigene Verbrechen die Zurückschiebung des Eides gestatten [32]). Allein alle oben angeführten Gesetzstellen sagen ausdrücklich, daß der Beklagte den ihm über sein eigenes unerlaubtes Factum zugeschobenen Eid abzuschwören schuldig, und demselben die Zurückschiebung durchaus nicht zu gestatten sey. Eben dieses bestätigt auch noch eine deutliche Stelle des canonischen Rechts, *cap. ult. princ. X. h. t.* wo es heißt: Nec liceat convento famosa actione referre huiusmodi iuramentum. Der Grund scheint also vielmehr darin zu liegen, weil der Beklagte, welcher in einem Falle, wo er in Gefahr ist, seinen guten Namen zu verlieren, dennoch das ihm selbst an die Hand gegebene Mittel, wodurch er sofort

31) LAUTERBACH Diss. cit. §. 75.

32) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 11. D. rerum amotar. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 79.

alle Gefahr abwenden, und seine Ehre retten konnte, ausschlägt, und die Entscheidung der Sache auf den Eid des Klägers ankommen lassen will, durch die Zurückschiebung des Eides offenbar den Verdacht eines bösen Gewissens wider sich erwekt [33]), der Kläger ist daher den ihm zurückgeschobenen Eid um so weniger zu schwören schuldig, je unbilliger es überhaupt seyn würde, ihn zu nöthigen, daß er über ein fremdes Factum schwöre [34]). Ganz anders würde sich hingegen die Sache verhalten, wenn der Beklagte dem Kläger über eine ihn gravirende Behauptung seines Klagegrundes, z. B. daß der Kläger es selbst gesehen, daß der Beklagte ihm seine Sache entwendet habe, den Eid zugeschoben hätte. Daß in diesem Falle der Beklagte dem Kläger den Eid zuschieben könne, leidet keinen Zweifel. Es läßt sich dieses aus einer Stelle des Paulus klar beweisen, wo es heißt [35]): Item POMPONIUS ait, eum, *qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit*, non statim etiam condictionis causam nancisci. Zwar ist hier eigentlich nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede, wie daraus erhellet, daß gesagt wird, der Eid begründe hier nicht schlechterdings die condictio furtiva, weil diese nur dem Eigenthümer zusteht [36]). Es muß aber eben dieses auch bey einem gerichtlichen Eide Statt finden, weil hier der Kläger sich auf eigene Wissenschaft gründet [37]). Daß nun

33) S. LAUTERBACH cit. Diss. §. 66. 67. et 68. und *Gonzalez de Tellez* Commentar. in Decretal. ad cap. ult. X. de iureiur. Tom. II. pag. 616.

34) *L. 11. §. 2. D. Rerum. amotar.*

35) *L. 21. §. 9. D. h. t.* Add. *L. 9. §. 2. D. eodem.*

36) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXV. not. i.

37) S. SETSER de iurament. Lib. IV. cap. 6. nr. 11.

nun aber in diesem Falle der Kläger befugt sey, dem Beklagten den Eid zurückzuschieben, läßt sich darum nicht bezweifeln, weil hier dem Kläger weder ein Gesetz entgegensteht, noch auch der Grund hier eintritt, aus welchem die Gesetze dem Beklagten die Zurückschiebung des Eides nicht erlauben [38]). Die Zurückschiebung des Eides setzt ferner

b) voraus, daß der Deferent auch fähig sey, den Eid abzulegen, und der Delat die Fähigkeit habe, den Eid zurückzuschieben. Denn auch die Befugniß, den Eid zurückzuschieben, hängt von der freyen Disposition über seine Rechte ab. Wer also einen Eid zu deferiren nicht fähig ist, kann auch einen zugeschobenen Eid nicht referiren [39]). Nur darin unterscheidet sich die Zurückschiebung von der Eidesdelation, daß der Zurückschiebende keinem Eide für Gefährde ausgesetzt ist [40]).

2) Worin besteht die Wirkung der Zurückschiebung des Eides? Man unterscheide. Die Zurückschiebung war entweder

A) in einem solchen Falle geschehen, wo sie zulässig ist. Dann hat sie

a) auf Seiten des Deferenten, dem der Eid zurückgegeben worden ist, die Wirkung, daß dieser den Eid schlechterdings schwören muß, und ihn weder referiren,

38) LAUTERBACH Diss. cit. §. 68.

39) S. LAUTERBACH Diss. cit. §. XII. sqq.

40) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Sed nec *iusiurandum de calumnia* referenti defertur: quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

noch sein Gewissen mit Beweis vertreten kann, wenn er nicht beweisfällig werden will [41]). Denn derjenige, welcher fordert, muß doch überzeugt seyn, daß er ein Recht zur Forderung habe, dahingegen derjenige, von welchem gefordert wird, sehr wohl in dem Fall seyn kann, daß er weder von der Rechtlichkeit der Forderung, noch von dem Gegentheil überzeugt ist. Er kann also wohl den Eid zurückgeben, aber nicht der Deferent, denn dieser muß nun schlechterdings auch dafür sorgen, daß seine Forderung glaubhaft werde. Dieses bestätigen auch klare Gesetze. Justinian sagt *L.* 12. §. 1. *Cod. de reb. cred. et iureiur.*

Sed iuramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum: vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praestetur, vel referatur: *necessitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis sacramentum subire: vel si hoc recusaverit, quasi illato sacramento praestito, causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo.* Quis enim ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?

Verweigert also der Deferent die Ableistung des ihm zurückgeschobenen Eides, und er ist der Kläger, so wird der Beklagte absolvirt, ist er der Beklagte, so wird er verurtheilt, und es wird in dem einem, wie in dem andern Falle so angesehen, als ob der Eid von dem Referenten wäre

41) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 32. LAUTERBACH cit. Diss. de relatione iurisiurandi §. 106—108. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

wäre geschworen worden. Eben dies lehrt auch Ulpian *L.* 34. §. *ult. D. h. t.* wo er sagt: Ex relatione, *non iurante actore*, iudex absolvit reum. Sollte jedoch der Deferent unterdessen neue Beweise gefunden haben, und bescheinigen oder eidlich erhärten können, daß er von denselben vorher keine Wissenschaft gehabt habe, so kann er mit diesem Beweise noch zugelassen werden [42]). Stirbt der Deferent vor der Ableistung des ihm zurückgeschobenen Eides, so kann deswegen der Eid an sich nicht für abgeleistet angenommen werden, sondern es gilt hier eben das, was oben in dem Falle bemerkt worden ist, wenn der Delat vor der Ableistung des angenommenen Eides stirbt [43]).

b) Auf Seiten des Referenten entsteht die Frage, ob er die Zurückschiebung widerrufen, und den Eid noch selbst schwören, oder die Gewissensvertretung noch ergreifen könne? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meinung. Einige [44]) unterscheiden, ob der zurückgeschobene Eid bereits acceptirt war, oder nicht. Nur in dem letztern Falle lassen sie die Revocation zu, aber nicht in dem ersten. Andere [45]) hingegen läugnen unbedingt, daß es dem

42) S. Grolmans Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung. 1. Bandes 2. Heft S. 143.

43) Anderer Meinung ist MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203.

44) LAUTERBACH cit. Diss. §. 101. et 102. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30: und BIENER Systema proceff. iudiciar. Tom. I. §. 104. in fin.

45) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 57. MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 312. Danz Grundf. des ordentlichen Prozesses §. 379. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

dem Referenten noch freystehe, die geschehene Zurückschiebung zu widerrufen. Sie nehmen bloß den Fall aus, wenn derselbe neuen Beweis gefunden hätte, und bescheinigen oder eidlich erhärten könnte, daß er von demselben vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Die richtigste Meinung ist wohl die, daß dem Referenten die Zurücknahme des referirten Eides in eben der Maße zu gestatten sey, wie dies dem Deferenten erlaubt ist [46]). Denn beyde Theile müssen hierin gleiche Rechte haben, nachdem einmal in der *L.* 11. *C. de reb. cred.* der Satz aufgestellt ist, daß die Zurücknahme eines deferirten Eides bis zur Ableistung desselben nach Willkühr Statt haben solle.

B) Die Zurückschiebung des Eides ist in einem solchen Falle geschehen, wo sie unzulässig ist. Hier zieht sie die Desertion des zugeschobenen Eides nach sich, und der Delat wird pro iurare nolente gehalten [47]).

Uebrigens muß die Zurückschiebung des Eides in eben der Maße geschehen, wie der Eid angetragen ward, nur aber freilich in der umgekehrten Form der Zuschiebung [48]). Jedoch können zuweilen die besondern Umstände der Sache oder die besondern Verhältnisse der Personen eine Aenderung nothwendig machen [49]). Zuweilen ist auch der referirte Eid nur ein Glaubenseid, denn der

Des

46) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIX. Cor. 2. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 30. not. h. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

47) Danz Grds. des ord. Processes §. 378. Anderer Meinung ist jedoch Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 242. S. 371. lit. cc.

48) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 216.

49) *L. 34. §. 8. D. h. t.*

Deferent leistet den Eid nach dem Grade seiner möglichen Wissenschaft von der Sache [50]).

§. 804.

III. Gewissensvertretung. Ursprung und Wirkung derselben.

Derjenige, welchem ein Haupteid im Prozeß ist zugeschoben worden, wenn er den Eid weder selbst schwören, noch denselben zurückschieben will, kann jetzt beydes dadurch abwenden, wenn er bereit ist, die Unwahrheit des Beweis-Satzes welche er beschwören sollte, durch andere Beweismittel darzuthun. Dies nennt man sein Gewissen mit Beweis vertreten [51]). Ob diese Gewissensvertretung schon in dem römischen Rechte gegründet sey, oder bloß der Praxis ihren Ursprung verdanke, ist streitig. Das Letzte behaupten die meisten [52]). Nur wenige sind mir bekannt, welche das Erste zu behaupten gesucht haben [53]). Die erste Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug, weil die Beweise für die letzte auf einem nichtigen oder unsichern Grunde

50) LAUTERBACH Diss. de relat. iurisiur. §. 79.

51) GRIEBNER Diss. de probationum, quae iurisiurandi declinandi causa suscipiuntur, ambagibus recidendis. in Opusc. Tom. IV. Nr. 9. *Car. Ehr.* BOERNER D. de probatione pro exonerandа conscientia. *Erf. 1731.*

52) BAUER Pr. de defensione conscientiae per probationem iure communi fundata. *Lipsiae 1753.* (in *Opusc.* Tom. I.) Danz Grds. des ordentl. Processes §. 380. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1233. u. a. m.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. MALBLANC de iureiur. §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. not. f.

beruhen. Denn daß die Eidesdelation nach dem römischen Rechte nur ein subsidiarisches Beweismittel sey, setzt Voet ganz unrichtig voraus. Das Zeugniß des Quinctilians [54]) hingegen, worauf sich Herr Professor Malblanc beruft, beweißt zwar, daß die Gewissensvertretung durch Beweis sich nach der Vernunft wohl rechtfertigen lasse, weil sie dem Redlichgesinnten dazu dienen könne, um sich von allem Verdacht zu befreyen, dem man nicht immer entgeht, wenn man sein Recht nur einem Eide, und folglich seiner eigenen Moralität, und dem Glauben der Welt an dieselbe verdankt. Allein daß sie in den römischen Gerichten eingeführt gewesen sey, läßt sich schwerlich daraus erweisen. Wie unsicher der Beweis sey, der aus den Schriften und Declamationen der römischen Redner, insonderheit aber des Quinctilians, zur Begründung dessen, was bey dem Römern wirklich geltendes Recht war, genommen wird, haben schon längst andere bemerkt. Abraham Wieling [55]) sagt sehr richtig: Frustra ex declamationibus Rhetorum auctoritatem iuris peti. Und Giselius [56]) wirft mit

54) *Institut. orat.* Lib. V. cap. 6. Is, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum, cuius cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno iureiurando stare, quam suo malit. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse. *Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quae affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an peierarit.*

55) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 22. pag. 197.

56) ad *Caji* Institutiones Lib. I. Tit. 4. Not. 3. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejustin.* pag. 33.)

mit Recht die Frage auf: Quis adeo hospes eſt in bonis litteris, ut ignoret liberam illam confingendi licentiam, quam ſibi Veteres in eiusmodi ſcholasticis exercitationibus ſumſere? Ja wer ſollte nicht Püttmanns [57]) Urtheil unterſchreiben, wenn er ſagt: Haud fortaſſe erraverim, ſi Rhetoribus haud minus, quam poetis atque pictoribus, quidlibet audendi fingendique aequam ſemper poteſtatem fuiſſe dixero? Daß dies hier wirklich der Fall ſey, ſcheint faſt keinem Zweifel unterworfen zu ſeyn. Denn man erwäge nur, daß in dem ganzen römiſchen Geſetzbuche von dieſer Gewiſſensvertretung auch nicht die geringſte Spur zu finden iſt. Ueberall, wo von der Eidesdelation, als einem gerichtlichen Beweismittel, die Rede iſt, wird zwar dem Delaten, der nicht ſelbſt ſchwören will, erlaubt, den Eid zurückzuſchieben, aber nirgends wird ihm zur Abwendung des Eides der Beweis des Gegentheils erlaubt [58]), vielmehr ſagt der Prätor in ſeinem Edict: *Eum, a quo iusiurandum petetur*, IURARE COGAM, *niſi iusiurandum referre malit* [59]). Wie verdächtig erſcheint dagegen das Zeugniß des Redners! Schon Duaren [60]), dem die Stelle Quincrilians nicht unbekannt war, fühlte die Trüglichkeit dieſes Beweiſes, und hielt die entgegengeſetzte Meinung dem Geiſte des römiſchen Rechts gemäßer, und

Roch

57) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 16. pag. 124.

58) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t. L. 38. D. eodem L. 25. §. 1. D. de conſtit. pecun. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

59) *L. 34. §. 6. et 7. D. h. t.*

60) Commentar. in Tit. 1. Libri IV. Cod. Cap. 3. in EIUS *Operib.* pag. 861.

Koch [61]) hat dies vollends außer allen Zweifel gesetzt. Daß übrigens die Analogie des kanonischen Rechts für die Rechtmäßigkeit der Gewissensvertretung spreche, leidet keinen Zweifel. Denn wenn derjenige, welcher bewiesen hat, nach einer bekannten Verordnung des kanonischen Rechts [62]) mit einem Eide nicht weiter beschwert werden darf, so ist es wohl der Consequenz gemäß, auch denjenigen, welchem ein Eid zugeschoben war, damit zu verschonen, wenn er sich bereitwillig erklärt, daß er den Beweis der zu beschwörenden Sache über sich nehmen wolle [63]). Es bringt überdem auch schon die Rechtsgleichheit der Partheyen die Zulassung dieses Beweises mit sich. Denn da der Beweisführer die Freyheit hat, ob er sich der Eidesdelation oder eines andern Beweismittels bedienen wolle, so muß es auch demjenigen, welchem der Eid zugeschoben worden, erlaubt seyn, ob er schwören, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Auf solche Art läßt sich die durch den Gerichtsgebrauch eingeführte Gewissensvertretung vollkommen rechtfertigen.

Es ist jedoch nöthig, die Beschaffenheit derselben näher kennen zu lernen, um den richtigen Standpunct nicht zu verfehlen, aus welchem die Gewissensvertretung angesehen werden muß. Wer die Gewissensvertretung wählt, läßt sich vor der Hand auf die Eidesdelation, als solche, noch

61) Progr. de probatione pro exoneranda conscientia in foro Romano ignota. *Gissae 1783. 4.*

62) *Cap. 2. X. de probat.*

63) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLVIII. §. 1. S. 494.

noch gar nicht ein, ſondern verſucht zuvörderſt, durch andere Beweiſe dem ihm zugeſchobenen Eide auszuweichen [64]). Durch dieſen Verſuch, wenn er auch mißlingen ſollte, geht daher der Beweis durch den Eid nicht verloren, ſondern er wird nur ſuſpendirt [65]). Es findet nun alſo eine ganz neue Beweisführung Statt [66]), welche jedoch als ein Gegenbeweis [67]) darum nicht betrachtet werden kann, weil dieſer jederzeit einen Hauptbeweis vorausſetzt, welcher aber von dem Deferenten durch die bloße Eideszuſchiebung noch nicht vollführt worden iſt; ſondern es wird vielmehr die unternommene Beweisführung der Vollführung des Beweiſes durch den Eid gleichſam, wie Gönner [68]) ſagt, als eine Präjudicialfrage entgegengeſtellt, von deren Ausgang es abhangen ſoll, ob die Vollführung des Beweiſes durch einen Eid nothwendig ſey oder nicht. Der übernommene neue Beweis muß nun auch gehörig angetreten, und dabey durchaus nach den Regeln der Beweisführung verfahren werden. Da er zur Abwendung des zugeſchobenen Eides dienen ſoll, ſo muß er auch nothwendig auf eben die Puncte gerichtet werden, worüber hat ge-

64) S. BOEHMER Diſſ. de auct. iudicis circa iusiur. in iud. delatum relatumque. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678.

65) Martins Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes §. 217.

66) GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. nr. 3. S. 413.

67) Dies iſt eine falſche Anſicht bey SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. M. 3. Cap. V. §. 13. BAUER Progr. cit. in *Opuſc.* T. I. pag. 383. und Claproth im ord. Proceß Th. 2. §. 327. Nr. III.

68) Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. B. Nr. XLVIII. §. 4. S. 498.

geschworen werden sollen [69]). Wird der Beweis durch Zeugen geführt, so sind auch Fragstücke auf die übergebenen Beweisartikel erlaubt, und dürfen solche, als ein Vertheidigungsmittel des Deferenten, von dem Richter nicht abgeschnitten werden [70]). Eben deswegen findet auch bey der Gewissensvertretung ein Gegenbeweis Statt [71]). Viele [72]) sind zwar anderer Meinung. Sie sind aber durch unrichtige Ansicht der Sache zu falschen Resultaten verleitet worden. Denn sie betrachten entweder die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis, welches sie doch nicht ist, wie Gönner [73]) ganz überzeugend dargethan hat,

69) Nicht auf Einreden, welche des Deferenten Behauptung entgegenstehen. S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 21.

70) Claproth ord. bürgerl. Proceß §. 327. und Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 380. Das Gegentheil behaupten zwar STRYK in Caut. iuramentor. P. III. Sect. II. Cap. 5. nr. 92. und Knorr in der Anleit. zum bürgerl. Proceß Hauptst. XIII. §. 27. Allein man sehe der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 536.

71) SCHENK *van* NYDEGGEN Diss. de probatione contra exonerationem conscientiae per probationem. *Duisburgi 1797.* Gönner im angef. Handbuch II. 48. und die Gebr. Overbek in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 11. Band Medit. 553. haben dieses hinlänglich bewiesen. Ihnen stimmt auch Martin im Lehrbuch des bürg. Processes §. 217. Not. p. bey.

72) Ausser den not. 67. angeführten auch MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 58. pag. 211. Oeltze Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 215. Danz Grundsätze des ord. Processes §. 380. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. A. 6. und THIBAUT im Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

73) a. a. O.

hat, oder ſie ſoll ein Surrogat des Eides ſeyn, da doch durch die Gewiſſensvertretung der angetragene Eid ſuſpendirt wird, und eine neue Beweisführung eintritt, wowider dem Deferenten der Gegenbeweis um ſo weniger verſagt werden kann, da er ein nothwendiges Vertheidigungsmittel iſt, und zu mehrerer Aufklärung der ſtreitigen Sache dient. Man kann auch nicht ſagen, der Deferent habe ſich durch die Eideszuſchiebung aller andern Beweiſe begeben; denn dies wäre nur dann der Fall, wenn die Sache durch wirkliche Ableiſtung des Eides wäre beendiget worden. So aber iſt ja nun der Stand der Sache geändert, und der Delat Beweisführer geworden. Sollte denn dies nur dem Delaten erlaubt, der Deferent aber vom rechtlichen Vertheidigungsmittel wider den Beweis ſeines Gegners ausgeſchloſſen ſeyn? Wie läßt ſich eine ſolche Ungleichheit der Rechte unter den Partheyen rechtfertigen? Die Antretung des Beweiſes geſchieht übrigens binnen eben der Friſt, welche dem Delaten geſetzt war, um ſich über den Eid zu erklären, ſonſt muß ihm dazu ein peremtoriſcher Termin geſetzt werden [74]).

Die Wirkung dieſer Gewiſſensvertretung beſteht nun darin.

1) Hat der Gewiſſensvertreter einen vollkommenen Beweis hergeſtellt, ſo fällt nun die Eidesdelation als überflüſſig weg.

2) Hat

74) S. *Mart. Iac.* FABER Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt, ſi conſcientiam probatione defenſurus in probatione defecerit. *Goettingae 1775.* Cap. III. §. 17. und Martin im Lehrbuch des bürg. Proceſſes §. 217. not. q.

2) Hat er einen unvollständigen Beweis geführt, so wird nach Verschiedenheit der Umstände auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt [75]).

3) Hat er nichts bewiesen, entweder

a) weil er sich am Beweise versäumt hat; so ist nicht allein die Gewissensvertretung nunmehr für desert, sondern auch der Eid für verweigert zu erklären [76]). Oder

b) weil der Beweis gegen ihn ausgefallen ist; so ist gleichfalls ein verdammendes Urtheil die Folge [77]). Ist hingegen

c) der Beweis zwar nicht gegen ihn, aber auch nicht für ihn ausgefallen, so kann er nun den zugeschobenen Eid noch immer annehmen oder zurückschieben [78]).

Denn

75) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. V. §. 14.

76) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 559. FABER cit. Diss. Cap. III. §. 21. Martin Lehrbuch des bürg. Proc. §. 217. not. q.

77) Danz Grds. des ord. Processes §. 381.

78) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678. FABER cit. Diss. §. 19. et. 20. MALBLANC de iureiur. §. 58. pag. 211. Gönner a. a. O. II. S. 498. Martin im Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 217. Das Gegentheil behaupten zwar viele. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. §. 33. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 25. LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiur. §. 20. LEYSER Specim. CXXXIX. cor. 3. Allein man sehe der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 537.

Denn durch die Gewissensvertretung wurden diese beyden Erklärungsarten über den Eid nur suspendirt, giengen also für den Gewissensvertreter, im Falle seines verfehlten Zwecks, auf keine Weise verlohren.

§. 805.

Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung. Schwörungs-Termin. Folgen des Ungehorsams.

Ist der zugeschobene Eid angenommen, oder zurückgeschoben, auch gegen die Statthaftigkeit der Zurückschiebung rechtlich nichts erinnert worden; so muß nun der Richter die Eidesformel normiren. Die Fassung selbst hängt von der Form ab, in welcher der Eid ist zugeschoben worden, und richtet sich nach dem Grade der möglichen Wissenschaft, welche derjenige, der den Eid leisten soll, von der Sache hat [79]). Anders ist daher die Formel bey einem Eide der Wahrheit, anders bey einem Glaubenseide zu fassen [80]). Ueberall muß jedoch die Eidesformel mit solcher Vorsicht abgefaßt werden, daß keine reservatio mentalis dabey Statt finden kann. Daher muß dieselbe zuvor den Partheyen mitgetheilt werden. Können sich die streitenden Theile über die Abfassung derselben nicht vereinigen, so sind sie mit ihren Erinnerungen dagegen in einem eigenen Verfahren zu hören, worüber alsdann der Richter zu entscheiden hat [81]). Der Richter kann und muß auch

79) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. in fin.

80) S. Danz Grundsf. des ord. Processes §. 371. Not. d. Martins Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 218. not. v.

81) *L. 34. §. 5. D. h. t.* Si de qualitate iuramenti inter partes dubitatum, conceptio eius arbitri iudicantis est. S. VOET

auch schon von Amtswegen an der Zuschiebung alle erhebliche Mängel verbessern, zumal wenn sie auf unerhebliche oder nicht auf alle erhebliche Umstände gerichtet seyn sollte [82]). Aus diesem Grunde hat er das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, dem Zustande der Sache gemäß zu bestimmen; es wollten denn die Partheyen durch eine ausdrückliche Uebereinkunft ihr Recht von Beschwörung eines Umstandes abhängig machen, welcher auf die Merkmale ihres Streits keinen Einfluß hat [83]). (§. 795. S. 211. f.) Ist nun die Eidesformel normirt, so wird ein Schwörungstermin anberaumt, jedoch muß in dem Falle, da einer moralischen Person der Eid deferirt worden ist, vor Ansetzung des Termins der Gegner noch mit seiner Erklärung über die zur Ableistung des Eides vorgeschlagenen Mitglieder gehört werden [84]). Auf diesen Termin sind beyde Partheyen, theils um den Eid zu schwören, theils um zu sehen, wie er abgeleistet werde, vorzuladen. Wäre etwa der Gegner zur Beywohnung der Eidesleistung nicht besonders vorgeladen worden, so entsteht daraus keine Nichtigkeit, wenn nur sonst die Eidesleistung vorschriftsmäßig vorgenommen

Comm. ad Pand. h. t. §. 13. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. 51. S. 798.

82) S. MALBLANC de iureiur. §. 60. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLIX. §. 7. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Band. Nr. VI. S. 139.

83) Gönner im Handbuch 1. Band Nr. X. §. 26.

84) Martins Lehrbuch §. 218. not. y. und dieser Commentar §. 795. S. 221. ff.

men worden ist, weshalb dem Gericht immer die Vermuthung der Legalität zur Seite steht [85]). Denn die bloße Vorladung des Beweisführers ad videndum iurari, wenn er nicht etwa, was der Gegentheil verlangen kann, zuerst den Eid für Gefährde schwören soll, ist nur eine monitorische, deren Unterlassung keine Nichtigkeit erzeugt [86]). Bleiben beyde Theile in dem anberaumten Termine aus, so ist der Termin circumducirt, und die Citation verliert ihre Wirkung. Bleibt aber nur ein Theil aus, so war dieser entweder bloß, um zu sehen, wie der Haupteid abgeschworen werde, citirt, oder er war selbst zur Eidesleistung vorgeladen. Im ersten Falle wird, seines ausßenbleibens ohngeachtet, die Eidesleistung vorgenommen [87]). In dem andern Falle hingegen war entweder die Citation eine blos dilatorische, oder eine peremtorische. Denn an sich ist auch hier die erste Ladung nicht gleich peremtorisch [88]). Das Ausbleiben in dem ersten Falle hat nur die gemeine Strafe des Ungehorsams zur Folge. War hingegen die Citation peremtorisch, so wird der Ungehorsam dessen, welcher in diesem Termin den Haupteid schwören sollte, mit der Strafe des verweigerten Eides, das

85) S. Kleins angef. Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Band Nr. VI. S. 142. besonders auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 103.

86) *Grolman* Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. Nr. 1. S. 412.

87) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred.* Danz Grundsf. des ord. Processes §. 383. a. E.

88) Danz a. a. O. §. 382. und Martin a. a. O. §. 218. Not. a.

ist, mit dem erdichteten Geständniß der Unwahrheit seiner Behauptung, geahndet [89]); dahingegen beym Außenbleiben dessen, welcher den Eid für Gefährde vor dem acceptirten Haupteide des Delaten ableisten sollte, der Haupteid für geleistet angenommen wird [90]). Erscheinen aber beyde Partheyen der Ladung gemäß, so muß bey einem zugeschobenen Eide, zu dessen Abschwörung der Delat bereit ist, der Deferent vorerst den Eid für Gefährde leisten. Eher kann er die Ableistung des Haupteides von seinem Gegner nicht verlangen [91]). Jedoch kann dieser auch dem Deferenten das iuramentum calumniae erlassen, so wie auch solches vom Richter aus Gründen von Amtswegen verworfen werden kann [92]). Denn der Eid für Gefährde ist der Auctorität des Richters ganz vorzüglich untergeordnet [93]). Ist aber dieser Eid dem Deferenten auferlegt, und er verweigert dessen Ableistung, so wird der Haupteid für erlassen erklärt, und der Proceß ist für den

89) *L. 38. D. h. t.* Martin §. 219.

90) *L. 37. D. h. t.*

91) *L. 34. §. 4. D. eod.* Qui iusiurandum defert, *prior de calumnia debet iurare*, si hoc exigatur; deinde sic ei iurabitur. *L. 11. §. 1. D. rerum amotar. L. 9. Cod. de reb. credit. L. ult. Cod. de fideicomm.*

92) S. MALBLANC de iureiur. §. 54. pag. 194. Claproth Einleit. in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 328. u. Danz Grundsf. des ord. Processes §. 376. Man übersehe jedoch dabey nicht Gönners Anmerkung zu Not. d. S. 557.

93) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.* Hoc iusiurandum *auctore Praetore* defertur.

den Deferenten verloren [94]). Bey dem zurückgeſchobenen Eide fällt hingegen der Eid für Gefährde ganz weg [95]). Wird der Haupteid nicht geleiſtet, ſo iſt er entweder von dem, welcher ihn antrug, erlaſſen, oder von dem, welcher ihn zu ſchwören ſchuldig war, verweigert worden. Im erſten Fall hat dies eben die Wirkung, als wenn der Eid wäre abgeleiſtet worden [96]). Jedoch kann eine ſolche Erlaſſung nur von dem geſchehen, welcher die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat, mithin von keinem Pupillen [97]). In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob die Eidesleiſtung aus einem rechtmäßigen Grunde verweigert wird oder nicht. In dem letztern Falle muß dem Eidespflichtigen die Eidesleiſtung unter der Androhung auferlegt werden, daß widrigenfalls der Eid für verweigert erklärt werden ſolle. Die Realiſirung dieſer Drohung beſteht nun darin, daß bey dem zugeſchobenen Eide, das, was durch denſelben erwieſen werden ſollte, für erwieſen, bey dem

94) *L. 37. D. h. t.* Si non fuerit remiſſum iusiurandum ab eo, qui detulerit, ſed de calumnia non iuratur, conſequens eſt, ut debeat denegari ei actio. Sibi enim imputet, qui proceſſit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iuravit: *ut ſit iſte remittenti ſimilis.*

95) *L. 34. §. 7. D. h. t.* Der Eid für Gefährde fällt auch dann weg, wenn der Gegner, welcher den zugeſchobenen Haupteid ſchwören ſollte, in dem Schwörungstermin nicht erſcheint. S. KIND Quaeſt. for. Tom. II. cap. 77.

96) *L. 6. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. et 8. C. de reb. credit.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

97) *L. 32. D. h. t.* MALBLANC de iureiur. §. 61. pag. 219.

zurückgeschobenen aber für nicht erwiesen erklärt wird [98]). Ist endlich der Haupteid abgeschworen, so besteht nun die Wirkung darin, daß dasjenige, was durch denselben versichert wird, von dem Richter, als juristisch gewiß betrachtet, und darum, als solches, seinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muß [99]). Gegen ein solches Erkenntniß, welches sich auf einen geleisteten Eid gründet, findet aber so wenig eine Appellation Statt [100]); als daß solches aus dem Grunde neu aufgefundener entgegengesetzter Beweise angefochten und wieder aufgehoben werden könnte [1]). In Absicht auf das Erkenntniß über die Kosten sind jedoch die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [2]) neh-

98) *L. 34. §. ult. D. h. t.* Cum res in iusiurandum demissa sit, iudex iurantem absolvit, referentem audiet, et, si actor iuret, condemnet reum. Nolentem iurare reum, si solvat, absolvit, non solventem, condemnat. Ex relatione non iurante actore, absolvit reum. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 200.

99) *L. 5. §. 2. D. h. t.* Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; remissa quaestione, an debeatur, *quasi satis probatum sit.*

100) *L. 12. §. 3. C. de reb. cred.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III §. 4524.

1) *L. 31. D. h. t. L. 1. C. de reb. credit. L. 19. Cod. de Transact. L. 56. D. de re iudic. L. 4. C. eod.* VOET c. l. und Westphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. Durch die *L. ult. Cod. de reb. cred.* ist dieses nicht aufgehoben, wie oben §. 798 b. S. 250. ff. ausführlich gezeigt worden ist. Anderer Meinung ist jedoch GROLMAN in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95.

2) REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. III. Obs. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit.

nehmen zur Regel an, daß der ſachfällige Theil, wider welchen der Eid geſchworen worden, die Koſten tragen müſſe. Denn da der gerichtliche Eid als ein Beweismittel betrachtet wird, ſo habe der Beweisführer, der ſich deſſelben bediente, nicht nur nichts bewieſen, wenn ſein Gegner den Eid geſchworen hat, ſondern es ſey auch nun durch den Eid das Gegentheil rechtlich dargethan worden. Jedoch nimmt man folgende Fälle aus; 1) wenn derjenige, dem eigentlich den Rechten nach die Laſt des Beweiſes nicht oblag, freywillig ſeinem Gegner den Eid deferirt hätte, um deſto kürzer aus der Sache zu kommen; 2) wenn ein zurückgeſchobener Eid geleiſtet worden; und 3) wenn der Deferent eine nicht geringe, obwohl zum Erfüllungseide nicht zureichende Probabilität für ſich hat. Hier müßten die Proceßkoſten compenſirt werden. Andere [3]) hingegen halten die entgegengeſetzte Meinung der Natur und Beſchaffenheit des zugeſchobenen Eides angemeſſener. Denn da dieſer Eid, wenn er acceptirt und abgeſchworen wird,

II. *Andr. Mart.* HOEGER Diſſ. de expenſis litis victori refundendis a victo ex iuramento iudiciali et litis deciſorio. *Altorfii 1757.* und MALBLANC de iureiur. §. 66.

3) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLII. Tit. 1. §. 22. *Ferd. Chriſt.* HARPPRECHT Diſp. de expenſis victoriae, praeſtito iureiurando, adiudicandis, vel compenſandis. *Tüb. 1686.* (*Diſſertation. acad.* Vol. II. Diſſ. LXII. §. 23. ſqq. pag. 799.) Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 342. Weſtphal in den Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 20. *Chriſt. Frid.* POHL Diſſ. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 11. und beſonders Jac. Fried. Ge. Emmrich über die Proceßkoſten, deren Erſtattung und Compenſation 1. Th. §. 36. und 37.

die Stelle eines wirklichen Vergleichs vertrete, und überdem, unsern Gesetzen nach, nur das äußerste Mittel sey, den Grund unserer Angabe ins Licht zu setzen [4]), so könne er blos bey dunkeln und zweifelhaften Thatsachen Statt haben. Hieraus folge nun von selbst, daß die Prozeßkosten ordentlicher Weise gegen einander aufgehoben werden müßten, wenn der Rechtsstreit durch den zugeschobenen Eid entschieden worden sey. Noch andere [5]) verwerfen die Compensation der Kosten schlechterdings, und wollen daher die Verurtheilung des sachfälligen Theils in die Kosten auch der Regel nach in den von den Vertheidigern der ersten Meinung ausgenommenen Fällen nicht Statt finden lassen, weil der Eid, wenn er einmal geleistet ist, nach Vorschrift der Gesetze eine förmliche Wahrheit wirke [6]), und folglich der Richter ein für allemal verbunden sey, dasjenige, als wahr und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelst Eides bestärkt ist. Er müsse mithin auch nun die Folgen eben so bestimmen, wie es in jedem andern Falle, wo Thatsachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Nach meiner Einsicht kann man allerdings zum Grundsatz annehmen, daß der unterliegende Theil zur Erstattung der Kosten rechtlich verbunden sey, und daß nur schuldlose Unwissenheit, oder verzeihlicher Irrthum des Sachfälligen in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewißheit

4) *Nov. LXXIII. Cap. 4.*

5) S. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 12.

6) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

heit gesetzt ist, ein die Kosten vergleichendes und gegen einander aufhebendes Erkenntniß rechtfertigen könne [7]). Dies ist nun aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus der Verbindlichkeit, welche dem sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblag, näher zu bestimmen. Man unterscheide also folgende Fälle. Der Sachfällige hatte den Eid entweder über sein eigenes, oder über ein gemeinschaftliches, oder über ein fremdes Factum dem Gegner zugeschoben. Im ersten und andern Falle ist er, wenn sein Gegner den Eid geleistet hat, nach der dadurch bewirkten förmlichen Wahrheit, unstreitig als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium oder commune fälschlich behauptet oder bestritten hat. Er verdient daher keine Nachsicht, und muß billig alle Folgen seines Verschuldens tragen. In dem dritten Falle hingegen kommt es darauf, ob dem Sachfälligen der Beweis dessen oblag, worüber er den Eid deferirte, oder dem Sieger. Im ersten Fall fällt ihm zur Last, daß er auf fremde Thatsachen, die er am Ende nicht erweisen konnte, einen Anspruch gründete. Er verdient also auch hier keine Nachsicht [8]). In dem letzten Falle hingegen kann er sich mit der Unwissenheit entschuldigen, und er ist daher mit der Erstattung der Proceßkosten billig zu verschonen.

7) Vergl. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 58. a. Nr. III. S. 83. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati novissimi. Tom. II. §. 1238.

8) *L. 42. D. de div. regulis iur.* Nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et *ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.*

Ob übrigens der verlierende Theil der Deferent oder Referent ist, darauf kommt an sich gar nichts an. Denn nicht immer hat die Zurückschiebung des Eides religiöse Denkungsart zum Grunde, sondern oft auch Furcht vor einem Meineide.

§. 806.

Wo ist der Eid zu leisten? Kann er auch durch einen Bevollmächtigten geschworen werden?

Der Eid muß ordentlicher Weise an der gewöhnlichen Gerichtsstelle geschworen werden. Jedoch kann aus besondern Ursachen, z. B. wegen Krankheit oder vornehmen Standes des Schwörenden eine Ausnahme Statt finden. In welchem Falle eine Gerichtsdeputation erkannt wird [9]). Ein jeder Eid muß ferner von demjenigen, dem er deferirt worden, der Regel nach in eigener Person geschworen werden [10]). Ausnahmsweise kann jedoch die Eidesleistung zuweilen auch durch einen Anwalt geschehen [11]). Schon das römische Recht gestattet sie in folgenden Fällen.

1) Wenn

9) *L. 15. D. h. t.* Ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum. Man vergleiche damit *L. 100. D. de verbor. Signif.* und *Henr.* HILDEBRAND Diss. de personis egregiis earumque iuribus. *Altorfii 1693.*

10) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. credit. et iureiur. Nov. CXXIV. cap. 1.* Man sehe auch den 5. Theil dieses Commentars §. 397. S. 268.

11) S. *Nic. Christoph.* LYNCKERI Diss. de iureiurando mandatarii in animam principalis. *Ienae 1692.* et rec. *Halae 1736.* HENRICI VI. *Iun. Lin.* RUTHENI COMITIS Diss. de iureiurando per procuratorem in causis privatis et publicis. *Ienae 1729.* *Io. Flor.*

1) Wenn der Eid dem Procurator von dem Gegner ſeiner Parthey freywillig iſt angetragen worden, und jener ihn angenommen hat. Hier kann der Anwalt, wenn er will, den Eid auch über eine fremde Handlung im Namen ſeines Principals leiſten, und er erwirbt dadurch dem letztern eine Klage oder Einrede.

L. 9. §. 6. *D. h. t.* Iusiurandum *defenſoris* vel *procuratoris*, ei ab adverſario delatum, prodeſſe, exceptionemque domino parere, IULIANUS ſcribit. Idem ergo dicendum erit, etſi datus ad petendum *procurator*, reo deferente, iuraverit, *dari mihi oportere:* nam actionem mihi parit.

L. 42. §. 2. *D. eodem.* Sed et ſi, actore deferente, *defenſor* abſentis vel praeſentis iuravit, eum, quem defendit, *dare non oportere*, exceptio iurisiurandi ei, *cuius nomine* iurandum fuerit, dari debebit.

2) Wenn der Eid einer Corporation oder moraliſchen Perſon angetragen iſt. Das römiſche Recht hat zwar nur den Fall, wenn der Eid zur Bedingung eines Vermächtniſſes gemacht worden iſt.

L. 97. *D. de condit. et demonſtrat.* Municipibus, *ſi iuraſſent*, legatum eſt: haec conditio non eſt impoſſibilis. PAULUS: Quemadmodum ergo pareri poteſt? per eos itaque iurabunt, *per quos municipii res geruntur.*

Der-

Flor. RIVINI Disputat. de iureiurando in alterius animam. *Lipſiae 1725.* Gundling vom Eide durch Bevollmächtigte, oder von dem Eidſchwur in des andern Seele; in *Gundlingianis.* IV. Stück Nr. 3. und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN de iureiurando vicario, in *Electis* cap. IV.

Derselbige Grund, weil eine Corporation, als moralische Person, nicht selbst schwören kann, tritt jedoch auch im Fall eines gerichtlich angetragenen Eides ein [12]).

3) Wenn wegen eines baufälligen Hauses im Namen eines andern cautio damni infecti gefordert wird, und bloß von einem Eide für Gefährde die Rede ist.

L. 13. §. 13. *D. de damno infecto.* Si alieno nomine caveri mihi damni infecti postulem, iurare debeo, non *calumniae causa* id eum, *cuius nomine* cautum postulo, fuisse postulaturum.

Es erhellet also aus diesen Stellen, daß das römische Recht die Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten (*iuramentum vicarium*) nicht schlechterdings mißbillige, wie Johann Jacob Wissenbach [13]) Anton Schulting [14]) Just. Henning Böhmer [15]) und Malblanc [16]) haben behaupten wollen. Nun hat zwar Justinian in einem neuern Gesetz verordnet, daß der Eid von demjenigen, welchem er zugeschoben worden, in Person geschworen werden solle, wenn er gleich abwesend wäre, und die Führung des Processes einem Procurator übergeben hätte. Denn so heißt es *L.* 12. §. 4. *Cod. de reb. credit. et iureiur.*

Si

12) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 219. S. 303.

13) Exercitat. ad Pand. Disput. XXIV. Th. 32. und in Comment. in Codic. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. §. 3.

14) Thesium controversar. Decad. XXXVIII. §. 8.

15) Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 5.

16) Doctr. de iureiur. §. 94.

Si perſona praeſens non inveniatur, cui ſacramentum illatum eſt, lite forte per procuratorem ventilata, neceſſe eſt, vel ipſam principalem perſonam, datis certis induciis ad iudicem venire, ut ea, quae de ſacramentis ſtatuta ſunt, impleat; vel (ſi iudex exiſtimaverit) in provincia, ubi degit, ſub actorum teſtificatione iuramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recuſari, hoc procedere: ut ſingulis caſibus eventus iam definitus imponatur.

Allein es erhellet nicht aus dieſer Conſtitution, daß Juſtinian dadurch jene älteren Verordnungen des Pandectenrechts habe aufheben, und den Eid durch einen Anwalt ſchlechterdings habe verbieten wollen, beſonders wenn der Deferent darein williget [17]). Denn auch der gerichtlich deferirte Eid hat doch immer in Hinſicht ſeines Entſtehungsgrundes etwas Vergleichähnliches beybehalten, wenn er auch zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweiſes gebraucht wird. Offenbar aber würde es dem Geſetz und der Natur des zugeſchobenen Eides entgegenſtreiten, wenn man die Abſchwörung deſſelben durch einen Procurator wider den Willen des Deferenten in einem ſolchen Falle geſtatten wollte, wo der perſönlichen Ableiſtung deſſelben kein unüberwindliches Hinderniß im Wege ſteht [18]). Es kann daher nie zur Regel angenommen werden, was Danz [19]) behaupten will, daß jeder Eid durch einen

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Oeltzens Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 254. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 332.

18) S. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 11. Band Medit. 573.

19) Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 369. a. E.

einen besonders Bevollmächtigten abgeschworen werden könne. Denn die Gesetzstellen [20]) welche er anführt, enthalten theils nur die oben von mir selbst angegebenen Ausnahmen, theils sprechen sie vom iuramento calumniae, bey welchem sowohl die canonischen Rechte [21]) als die deutschen Reichsgesetze [22]) die Ableistung durch einen besonders Bevollmächtigten namentlich gestatten. Dabey darf aber die Regel, welche die justinianeische Verordnung enthält, um so weniger übersehen werden, je weniger überhaupt Eide durch Bevollmächtigte zugelassen werden sollten [23]). Man unterscheide also nach dem noch jetzt geltenden gemeinen Rechte, ob von Ableistung eines Haupteides, oder nur von

20) *L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. h. t. Cap. 6. et 7. X. de iuram. calumn. Cap. 3. eodem in 6to. Cap. 2. de testib. in 6to.* J. Reichsabsch. §. 43.

21) *Cap. 3. de iuram. calumniae in 6to.* „Nullam tibi iudex iniuriam feciſſe cenſetur, qui *procuratorem* tui adverſarii, conſtitutum ad cauſam, *habentem ſuper hoc ſpeciale mandatum*, admiſit ad praeſtandum in ea *calumniae iuramentum.*“

22) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 43. „Ueber dieſes verordnen Wir und wollen, daß eine jede Parthey, wie auch deren Procuratores und Advocaten, davon jedoch der Churfürſten und Ständen verpflichtete wirkliche Räthe, ſoviel ihrer Herren Rechtfertigungs-Sachen betrifft, zu excipiren, entweder in eigener Perſon, oder vermittelſt eines Special-Gewalts durch dero Procuratoren, wenn es entweder die Parthey begehrt, und der Richter es darauf erkennt, oder auch von ſelbſt, in welcherley Theil des Gerichts von Amtswegen auferlegt, das iuramentum calumniae dahin zu erſtatten ſchuldig ſeyn etc.“

23) Man ſehe hier vorzüglich Juſt. von Schmidt genannt Phiſeldek über den Eid §. 19. S. 85. ff. und MALBLANC de iureiur. §. 94. S. 387.

von einem die Hauptsache nicht betreffenden Eide für Gefährde die Rede ist. Der letzte kann von demjenigen, dem er obliegt, rechtmäßig auch durch einen Sachwalter abgelegt werden. Erster hingegen anders nicht, als wenn entweder der Gegner darein willigt, oder sonst die persönliche Ableistung des Eides nicht wohl möglich ist. Dahin gehört 1) wenn langwierige Krankheit, oder nothwendige Abwesenheit und weite Entfernung desjenigen, welcher den Eid schwören soll, die persönliche Eidesleistung nicht erlaubt. 2) Wenn wegen der besondern Qualität derjenigen Parthey, welche den Eid schwören soll [24]), oder nach den besondern Regeln des Ordens, welchem dieselbe zugethan ist [25]), die Eidesleistung nicht in Person geschehen kann.

Wie-

24) Wie z. B. bey Corporationen und Collegien. Ein bloßer Streitgenoß kann jedoch nicht in die Seele des andern schwören. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 123.

25) Ein Beyspiel aus der ältern Römischen Geschichte erzählt LIVIUS *Lib. XXXI. cap. 50.* Comitiis aediles curules creati sunt forte ambo, qui statim occipere non possent: nam *C. Cornelius Cethegus* absens creatus erat, cum Hispaniam obtineret provinciam; *C. Valerius Flaccus*, quem praesentem crearunt, *quia flamen Dialis erat, iurare in leges non poterat*: magistratum plus quinque dies, nisi qui iurasset in leges, non licebat gerere. Petente *Flacco*, ut legibus solveretur, Senatus decrevit, ut si aedilis, *qui pro se iuraret*, arbitratu consulum daret, consules, si eis videretur, cum tribunis plebis agerent, uti ad plebem ferrent. Datus, *qui iuraret pro fratre*, *L. Valerius Flaccus*, praetor designatus, tribuni ad plebem tulerunt, plebesque scivit, *ut perinde esset, ac si ipse aedilis iurasset.* In der Folge unter dem Kaiser Tiberius und Calligula konnte jedoch ein Flamen dialis selbst schwören. DIONYSIUS Lib. 59. pag. 646. Posthaec *Caligula*, iterum Consul, Iovis Flaminem

Viele [26]) sind auch der Meinung, daß fürstliche Personen in ihren Rechtsstreitigkeiten, besonders wenn sie mit ihren Unterthanen den Proceß führen, den ihnen zugeschobenen Haupteid persönlich abzulegen nicht schuldig wären, sondern solchen, auch wider Willen des Gegentheils, durch einen Anwalt zu leisten die Befugniß hätten [26]). Allein diese Meinung ist ganz ungegründet [27]). Denn fürstliche Personen müssen sich in ihren Privatangelegenheiten nach den gemeinen in Teutschland eingeführten fremden Rechten richten lassen, insofern nicht in den Reichsgesetzen, und deren Analogie, oder durch das Herkommen, Verträge und Privilegien ein anders eingeführt ist [28]). Nun kommen zwar in den deutschen Reichsgesetzen einzelne Fälle vor, in welchen die Fürsten von der persönlichen Eidesleistung be-

minem vetuit in Curia iurare; hi enim, ut sub *Tiberio* etiam, seorsum tum iuramentum inibant. S. *Theod. Regner. de* BASSEN de iureiur. Veterum in primis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 235. Ein neueres Beyspiel von einem Ritter und Commandeur des Ordens des heil. Geistes, Erzengels Michael, und heil. Hubertus führt PÜTTMANN Elector. Cap. 4. an.

26) Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 1. Band Nr. 10. S. 457. ff. Claproths Einleitung in den ord. bürg. Proceß §. 332. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 94. u. a. m.

27) S. Joh. Burkhard Geigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. Band Nr. XLI. S. 165. ff.

28) PÜTTERI primae Lineae iuris privati Principum speciatim Germaniae §. 2. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. V. medit. 2.

befreyt seyn sollen [29]). Allein in keinem derselben ist von dem Haupteide im Proceß die Rede [30]). In solchen Fällen nun, wo der Eid durch einen Anwalt in die Seele seines Principals abgeschworen werden soll, wird erfordert, daß der Procurator mit einer Specialvollmacht versehen seyn müsse, worin nicht nur der ganze Inhalt des Eides, sondern auch die Clausel enthalten ist, daß der Gewaltgeber gar wohl wisse, und überzeugt sey, daß ein Eid, der von seinem Anwalt in seine, des Principals, Seele geschworen worden, eben dieselbe Kraft und Wirkung habe, als wenn er von ihm selbst wäre geschworen worden [31]). Es wird also, wenn ein Eid in die Seele eines Andern mit verbindlicher Kraft abgeleistet werden soll, schlechterdings erfordert, daß auch derjenige, welcher eigentlich den Eid abzulegen hätte, darein willige, und kann daher gegen dessen Willen nie geschehen [32]).

§. 807

29) R. Abschied vom J. 1521. Tit. 7. §. 10. Cammer-Ger. Ordn. vom J. 1515. II. Th. Tit. 10. §. 5. R. Abschied vom J. 1555. §. 58. R. Absch. v. J. 1654 §. 43. u. 117.

30) S. Geigers Abh. Fürstl. Personen können nicht verweigern, den ihnen zugeschobenen Haupteid in eigner Person zu schwören, wenn es der Gegentheil verlangt. In den angeführten Rechtsfällen. 3. B. Nr. 41. §. 5.

31) Ein Formular siehe bey Oeltze in der Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 254. Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 314. ist bey Eidesleistungen die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht anders, als mit ausdrücklicher Bewilligung des Gegentheils, zulässig.

32) S. MALBLANC c. l. pag. 388. und von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Erört. XLIX. S. 253.

§. 807 und 808.

II. Nothwendige Eide. 1) Eid für Gefährde.

Von dem freywilligen oder angetragenen Eide kommen wir nun auf den nothwendigen Eid, welchen der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auferlegt. Es giebt verschiedene Arten desselben, welche oben (§. 796. S. 227. f.) im Allgemeinen angezeigt worden sind. Hier ist nun von diesen einzelnen Arten ausführlicher zu handeln. Unter diesen verdient

1) der Eid für Gefährde (*iuramentum calumniae*) unsere nähere Betrachtung [33]). Man versteht darunter denjenigen Eid, wodurch der Schwörende versichert, daß er, von der Rechtlichkeit seines Vorhabens überzeugt, nicht aus Schikane gegen die andere Parthey handle [34]). Dieser Eid hat also Unterdrückung der Schikanensucht im Prozeß zum Zweck, und geht hauptsächlich auf vier Puncte; nämlich 1) daß der Schwörende eine gerechte Sache zu haben glaube, also der Kläger nicht ohne Grund Klage erhebe, der Beklagte nicht ohne Grund dagegen excipire; 2) daß er sich keiner falschen Beweismittel bedienen wolle; 2) keine unnöthige Fristen zum Nachtheil des Gegners su-

33) *Io. Strauch* Diss. de iuramento calumniae *Ienae 1668. Io. Ern.* FLOERCKE Diss. de iuram. calumniae. *Ienae 1731.* und *Io. Aug.* GERSTAECKER Diss. de iureiurando calumniae secundum principia iuris Rom. german. canonici et saxonici. Specim. I. ex iure Romano. *Lipsiae 1795.*

34) S. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69. Die Bedeutung des Worts *Calumnia* ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 5. Theil §. 427. S. 386.

ſuche; und 4) dem Richter weder etwas gegeben oder verſprochen habe, noch etwas geben oder verſprechen wolle, um ihn für die Sache zu gewinnen [35]). Man theilt den Eid für Gefährde ein in den allgemeinen, (*iuramentum calumniae generale*) und den beſondern, (*iuramentum calumniae ſpeciale*), je nachdem er entweder in Hinſicht auf den ganzen Proceß, oder nur in Hinſicht auf einzelne proceßualiſche Handlungen abgeleiſtet wird. Durch jenen wird betheuert, daß der Schwörende ſeine Sache überall für gerecht halte, und während des Laufs des Proceſſes den Gegner nicht ſchikaniren wolle. Durch letztere aber wird nur verſichert, daß man eine gewiſſe beſtimmte Handlung im Proceß blos in der Abſicht vornehme, weil die Verfolgung unſeres Rechts ſie erfordert, und nicht um den Gegner ungebührlicher Weiſe damit zu beläſtigen. Der allgemeine Eid für Gefährde wird insgemein für eine Erfindung des Kaiſers Juſtinian gehalten, daß aber der beſondere älter ſey, geben alle zu [36]). Allein beyde Eidesarten ſcheinen ſchon längſt vor Juſtinian im Gebrauch [37]) geweſen zu ſeyn. Das iura-

35) *L. 44. §. 4. D. fam. erciſc. L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat. L. 6. §. 2. D. de edendo. L. 13. §. 3. D. de damno inf. L. 15. D. ad exhib. L. 9. C. de reb. credit. L. 2. pr. Cod. de iureiur. propt. calumn. Nov. XLIV. cap. 3. pr.* und *Nov. CXXIV. c. 1.*

36) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 89.

37) S. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. c. 9. *Franc.* BROEUS Expoſition. in Iuſtin. Inſtitut. Lib. IV. Tit. 16. ad §. *Ecce enim* pag. 852. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. de poen. temere litig. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad eund. §. 1.

mentum calumniae generale wurde zuerst von den Athenienſern entlehnt [38]), war jedoch nur hauptſächlich in peinlichen Fällen üblich [39]). Der Ankläger mußte gleich Anfangs ſchwören, daß er die peinliche Anklage nicht aus Schikane anſtelle [40]). Dieſer Eid kam aber in der Folge außer Gebrauch, als die inſcriptio in crimen bey peinlichen Anklagen eingeführt wurde [41]). Denn ſchon Kaiſer Antonin gedenkt dieſes Eides nicht mehr [42]). Im Civilproceß ſchwur hauptſächlich nur der Kläger, wenn es verlangt wurde, nämlich daß er nicht calumniae cauſa einen Proceß anfange, ſondern ſeine Sache für gerecht halte. Allein bey den Theilungsklagen mußten beyde Theile ſchwören, mithin auch der Beklagte, daß er nicht calumniae cau-

§. 1. I. pag. 544. und *Conſt. Iac. van* RENESSE Diſſ. de coercitione accuſatorum. *Traj. ad Rhen. 1724.* Cap. II. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I, T. II. pag. 588 ſqq.)

38) POLLUX *Onomaſt. Lib. VIII. cap. 6.* PETITUS in Legg. Attic. pag. 320.

39) LIVIUS *Lib. XXXIII. c. 47.* SENECA *Lib. III. Controv. c. 19.* In der *Lex Servilia* von J. der E. Roms 663. bey SIGONIUS Lib. II. de iudic. c. 27. heißt es: *Qui pecuniam ab altero petet, is eum, unde petet, ex praetoribus, quei in eum annum lecti erunt, ad iudicem in eum annum, quae ex H. L. factus erit, in ius educito, nomenque eius deferto, ſi de iuraverit, calumniae cauſa non poſtulare.*

40) CICERO *Lib. VIII. Ep. 8. ad Famil.*

41) *van* RENESSE c. l. pag. 591. und *Ant.* MATHAEUS de criminib. Tit. de accuſationib. c. 8.

42) *L. 1. Cod. ad SCtum Turpill.*

cauſa läugne [43]). Paulus läßt keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 44. §. 4. *D. Famil. erciſc.* ſagt. Qui familiae erciſcundae, et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores ſunt et rei: *et ideo iurare debent, non calumniae cauſa litem intendere, et non calumniae cauſa ad inficias ire.* Viele [44]) glauben zwar, daß dieſe Stelle vom Tribonian interpolirt ſey. Allein dieſe Meinung widerlegt ſich ſchon dadurch von ſelbſt, daß die Verordnung des Kaiſers Juſtinian, wegen der Gefährde Eide *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* neuer iſt, als die Pandecten; denn die erſtere wurde im J. 534., die letzteren aber ſchon im Jahr 533. promulgirt, die erſte konnte alſo in die letzteren keinen Einfluß haben [45]). Es läßt ſich auch nicht behaupten, daß die Stelle des Paulus zu den Fällen des beſondern Eides für Gefährde gehöre. Bey anderen Klagen, als den Theilungsklagen, denn nur bey dieſen hatte man mehr, als bey andern, Schikane zu befürchten Urſache, ſcheint in der Folge der allgemeine Gefährdeeid nicht mehr gewöhnlich geweſen zu ſeyn; ſondern hatte der Kläger einen ungerechten Proceß erhoben, ſo hafetete er mit der actio calumniae ex ſtipulatu für den zehnten Theil deſſen, was er ohne rechtlichen Grund gefordert hat-

43) S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten, und der Erbtheilungsklage. §. 675.

44) GIPHANIUS Expoſit. ad L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. GALVANUS de Uſufructu. Cap. 31. pag. 402. *edit. Tübing.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. 2. pag. 31. u. a. m.

45) S. *Io.* WYBO Diſſ. de Triboniano ab emblematibus WISSENBACHII liberato. Cap. II. §. 8.

hatte, zur Strafe seiner Calumnie [46]). An die Stelle dieser Klage, die ohnehin zu Justinians Zeiten, wie er selbst sagt [47]), wieder außer Gebrauch gekommen war, führte Justinian den allgemeinen Eid für Gefährde wieder ein [48]), jedoch mit dem Unterschiede, daß vermöge seiner Verordnung [49]), in jedem Civilproceß nicht nur beyde Partheyen

46) *L. ult. Cod. Hermogen. de calumniator.* GELLIUS *Noct. Attic. Lib. XIV. c.* 2. CUJACIUS Observat. Lib. VII. c. 5. *Car.* BRETUS ordo perantiqu. iudicior. civ. c. 30. et 48. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 1. I. de poen. tem. litig.

47) §. 1. I. *de poena temere litig.* Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Haec autem omnia pro veteris *calumniae actione* introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, *quia in partem decimam litis actores multabat.* S. THEOPHILI Paraphras. graec. ad h. §.

48) S. VINNII Comment. ad §. 1. I. de poena temere litigant. nr. 1.

49) *L. 2. pr. C. de iureiur. propt. calumn.* Necessarium duximus praesentem legem ponere, per quam sancimus, in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant iusiurandum: et actor quidem iuret, *non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando bonam causam habere:* reus autem non aliter suis allegationibus utatur, nisi prius et ipse iuraverit: *Quod putans se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit;* et postea utriusque partis viros disertissimos Advocatos, secundum quod iam dispositum est a nobis, iuramentum praestare, sacrosanctis videlicet Evangeliis ante iudicem positis.

theyen, sondern auch deren Anwälte gleich Anfangs bey der Einlassung sich von allem Verdacht einer Schikane reinigen sollten. Dieser Eid sollte nur einmal für den ganzen Proceß geschworen werden [50]), und dann der besondere Eid für Gefährde nicht weiter gefordert werden können [51]). Es soll auch keiner Parthey dieser Eid erlassen werden [52]). Kaiser Justinian hatte dabey die gute Absicht, die Partheyen gegenseitig vor unerlaubten Chikanen zu sichern, und folglich dadurch dem Proceß einen geschwindern, und von muthwilligen Verzögerungen freyen Gang zu geben. Der Pabst

50) *Nov. XLIX, cap. 3. in fin.*

51) *Auth.* Hoc sacramentum *Cod. de iureiur. propter calumn.* In einem gewissen Falle hat jedoch Justinian den besondern Eid für Gefährde beybehalten. *Nov. LXXIII. cap. 7.* S. GERSTAECKER cit. Diss. §. 8 in fin.

52) *L. 2. §. 4. C. de iureiur. propt. calumn.* Sed quia veremur, ne forsitan quidam collusione aliqua utentes remittere videantur inter se huiusmodi sacramentum, et ex praedicta dissimulatione nostram sanctionem deludant; sancimus, *omnes iudices, licet ex compromisso cognoscant, vigorem suum exercentes,* (quia non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate praesentem legem posuimus) *minime pati tale sacramentum remitti; sed omnino hoc et ab actore, et a fugiente exigi:* ne paulatim videatur huiusmodi res defraudari, et sacramentum vel principalium personarum, vel advocatorum ex quacumque parte mutilari. Beym iuramento calumniae generali finden daher auch die Ausnahmen, welche die Gesetze beym iuram. calumniae speciali machen, *L. 8. §. 5. D. Qui satisd. cog. L. 7. §. 3. D. de obseq. parent. praest.* u. *L. 13. §. 14. D. de Damno inf.* keine Anwendung. Denn die *Nov. 49.* cap. 3. pr. sagt ausdrücklich: *et hanc communem posuimus legem contra omnem personam.* S. GERSTAECKER cit. Diss. §. 9. Anderer Meinung ist *de* COCCEJI *in iur. civ. controv. h. t. Qu. 48.*

Pabst Bonifacius VIII. hat jedoch nachher den besondern Eid für Gefährde, unter dem Namen des iuramenti malitiae, wieder hergestellt, und stellt es der Willkühr des Richters frey, auch nach abgeleistetem allgemeinen Eide für Gefährde, so oft es ihm beliebt, noch den besondern den Partheyen aufzuerlegen [53]). Die teutschen Reichsgesetze haben gleichfalls beyde Eide bestätiget [54]). Jedoch weichen dieselben darin von der Vorschrift des römischen Rechts ab, 1) daß der allgemeine Eid für Gefährde nicht mehr absolut wesentlich ist, sondern nach Befinden erlassen werden kann; 2) daß er in jedem Theile des Processes gefordert und auferlegt werden kann [55]). Die heutige Praxis verwirft den allgemeinen Eid für Gefährde fast durchaus, weil er völlig überflüßig und unnütz ist, wie schon von mehreren ganz deutlich gezeigt worden ist [56]). Er kann wenigstens nie anders verlangt werden, als wenn der Richter, im Falle eines sich äußernden gegründeten Verdachts einer Chikane, denselben zu erkennen für nöthig findet [57]). Häufiger

53) *Cap. 2. de iuram. calumn. in 6to.* In omnibus autem causis, nedum ante, sed etiam post quam lis fuerit contestata, sive de veritate sive *de calumnia sit iuratum* in ipsis, *potest iudex a partibus exigere iuramentum malitiae, quoties viderit expedire.*

54) Jüngst. R. Absch. §. 43.

55) Danz Grds. des ordentlichen Processes §. 366. und GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69.

56) S. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 90. und Just. von Schmidt genannt Phiseldeck über den Eid. §. 4. S. 13. ff.

57) Nur in diesem Falle läßt ihn noch die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 22. §. 38. zu.

figer ist dagegen noch jetzt das iuramentum calumniae speciale. Die Fälle, in welchen dieser Eid nach dem römischen Recht verlangt werden kann, sind folgende.

1) Wenn eine Parthey ihrem Gegner den Eid deferirt [58]).

2) Wenn Jemand von einem Argentarius oder Banquier die Vorlegung seiner Rechnungsbücher verlangt [59]).

3) Wenn Jemand um die Erlaubniß nachsucht, einen ihm gehörigen Schatz, der in einem fremden Grundstück verborgen liegt, graben zu dürfen [60]).

4) Wenn Jemand gerichtlich darauf anträgt, daß seinem Gegner die unbefugter Weise unternommene Errichtung eines ihm nachtheiligen Werks verboten werde. (novi operis nunciatio) [61]).

5) Wenn wegen eines baufälligen Gebäudes die cautio damni infecti gefordert wird [62]); und

6) wenn der Beweisführer zur Abwendung der eidlichen Abläugnung einer producirten Urkunde den Beweis der Richtigkeit derselben durch Vergleichung der Handschriften führen will [63]).

58) *L. 34. §. 4. D. h. t.*

59) *L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Theil dieses Commentars §. 286. b. S. 39. ff.

60) *L. 15. D. ad exhib.* S. den 11. Theil dieses Commentars §. 743. S. 224. ff.

61) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

62) *L. 13. §. 3. D. de damno inf.*

63) *Nov. LXXIII. cap. 7.*

Nach heutigen Rechten kommen noch folgende Fälle hinzu.

7) Wenn eine Parthey zur Führung ihres Beweises bereits zwey Fristen erhalten, und um die dritte Dilation bittet [64]).

8) Wenn gegen den Ablauf der Nothfristen oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß, wegen gefundener neuer Beweise, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird [65]).

9) Wenn dilatorische Einreden erst nach der Litiscontestation vorgebracht werden [66]).

10) Bey Appellationen muß sich der Appellant mittelst dieses Eides reinigen [67]). Auch

11) bey dem Rechtsmittel der Revision [68]).

12)

64) Jüngst. R. Absch.

65) S. RIVINI Diss. de iuramento documentorum noviter repertorum. *Lipsiae 1749.* und MALBLAC doctor. de iureiur. §. 90. not. 499.

66) *Cap. 4. X. de except.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4531. not. e.

67) Jüngst. R. Absch. vom J. 1654. §. 117. u. 118. S. *Io. Car.* KOENIG Diss. de iuramento appellationis. *Marb. 1745.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 41.

68) Deput. Absch. v. J. 1600. §. 145. Jungst. R. Absch. §. 125. *Godofr. Dan.* HOFFMANN de iuramento revisorio cameral. *Tüb. 1769.*

12) Das iuramentum dandorum und respondendorum bey Positionen, sind als besondere Arten des Eides für Gefährde schon oben [69]) vorgekommen.

§. 809.

Wenn findet der Eid für Gefährde Statt? Wem kann dieser Eid auferlegt werden? Wer ist davon befreyet?

Der Eid für Gefährde hat nur dann Statt, wenn der Richter darauf erkennt [70]). Ulpian sagt: Hoc iusiurandum *auctore Praetore* defertur [71]). Der Richter legt nun diesen Eid entweder von Amtswegen auf, oder auf Verlangen der Gegenparthey [72]). Der Richter kann aber auch diesen Eid erlassen, wenn er gleich von dem Gegner verlangt worden wäre, weil kein hinreichender Grund des Verdachts vorhanden ist [73]), es müßte denn dieser Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels seyn [74]). Es kann übrigens jeder, er sey Parthey, oder derselben Stellvertreter, ohne Rücksicht auf Stand und andere Verhältnisse,

69) S. den II. Th. dieses Commentars §. 747. S. 294. und *Ge. Christph.* NELLER Diss. de iuramentis dandorum et respondendorum. in EIUS *Opuscul.* Tom. I. P. II. Nr. 15. pag. 409. sqq.

70) S. FLOERCKE Diss. cit. §. 9.

71) *L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.*

72) Jungst. R. Absch. §. 43.

73) BOEHMER Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 7. et 8. Danz Grds. des ordentl. Processes §. 366.

74) GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 69. Not. e. S. 107.

nisse, mithin auch ein Geistlicher [75]) so gut, wie ein Weltlicher, desgleichen Vormünder und Curatoren, Sachwalter und Advocaten, wenn sie selbst der Verdacht trifft [76]), zu jeder Zeit, sowohl in der ersten als zweyten Instanz, dazu gezwungen werden.

Einige sind jedoch von diesem Eide frey. Hellfeld rechnet dahin

1) diejenigen, welche von Amtswegen klagen. Allein dies läßt sich nicht so allgemein behaupten. Der Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 43. befreyet nur der Churfürsten und Stände verpflichtete wirkliche Räthe, soviel ihrer Herren Rechtfertigungssachen betrifft, von der Ableistung des iuramenti calumniae generalis, weil bey solchen Personen, die kein eigenes Interesse bey der Rechtssache haben, deren Ausführung ihnen vermöge ihres Amts obliegt, eine schon im An-

75) Die Verordnung des Pabsts Honorius II. im *cap. 1. X. de iuram. calumn.* erläßt zwar den Geistlichen diesen Eid, in Beziehung auf eine Verordnung des Kaisers Marcian, der darin irrig Marcus genennt wird (*L. 25. §. 1. C. de Episcop et Cleric.*) und des Kaisers Heinrichs II. (in *Legib. Longob.* Lib. II. Tit. 47. c. 10. bey LINGENBROG in Cod. Legg. antiquar. *Frfti. 1613.* pag. 509.) Allein nach *Cap. 5. et 7. X. eod.* können sie den Eid nicht ablehnen. S. *Iust. Henn.* BOEHMERI ius eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 7. §. 4. und *Ge. Christph.* NELLER Repetitio discursiva Cap. 1. X. de iuram. calumniae. in *Opuscul.* Tom. I. P. II. Nr. 12. pag. 251. sqq.

76) *L. 2. §. 2. C. de iureiur. propt. calumn.* S. FLOERCKE cit. Diss. §. 10. und *Tob. Iac.* REINHARTH select. Observat. ad *Christinaeum* Vol. V. Obs. 29. pag. 39.

Anfang des Proceßes eintretende calumnia generalis nicht wohl denkbar ist. Aus gleichem Grunde behauptet man, daß auch herrschaftliche Fiskäle von dem Eide für Gefährde befreyet sind, weil sie aus Amtspflicht handeln [77]). Allein wenn man dies auch von dem allgemeinen Eide für Gefährde gelten läßt, so ist doch eine Ausnahme in Ansehung solcher Officialen vom iuramento calumniae *speciali* nicht erweislich; sie können daher von diesem Eide wider den Willen der Gegenparthey um so weniger befreyet werden, weil in den Fällen, wo die Gesetze diesen Eid vorschreiben, nur höchst selten der Richter im Stande ist, über das wirkliche Daseyn der Gefährde mit einiger Zuverläßigkeit zu urtheilen [78]). Jedoch sollen

2) von dem besondern Eide für Gefährde, Eltern und Patrone frey seyn, wenn sie mit ihren Kindern und Freygelassenen Proceße führen, weil es die schuldige Ehrfurcht beleidigen würde, von solchen Personen zu verlangen, daß sie sich von dem Verdacht der Chikane reinigen sollen. Nach den deutlichen Stellen des römischen Rechts, welche hiervon handeln, ist dieß auch außer Zweifel. Denn so sagt **Paulus** *L.* 8. §. 5. *D. Qui satisdare cog.* Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis adversarii

77) *Arg. L. 5. §. 13. D. de bis, quae ut indign.* MEVIUS P. VI. Dec. 138. GAIL Observat. Lib. I. Obs. 90. FLOERCKE cit. Diss. §. 12.

78) *Ge. Henr.* AYRER Diss. de necessitate officii a iuramento calumniae non liberante. *Goettingae* 1747. SCHORCH Consil. Erfordiens. Nr. CCXCIV. n. 26. Fried. von Bülows und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band. Erört. XV.

farii causa forsitan, cum Romae possit satisdare, in municipium evocet. *Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus et patronis.* Dieses Vorzugs der Eltern und Patrone gedenkt auch Ulpian bey der Eidesdelation *L.* 16. *D. de iureiur.* Si patronus deferat iusiurandum libertae suae, *de calumnia non debet iurare;* und *L.* 7. §. 3. *et* 4. *D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis.* Nec deferentes iusiurandum *de calumnia iurant.* Necnon et si ventris nomine in possessionem calumniae causa missa dicatur Patrona, libertus hoc dicens non audietur: quia de calumnia patroni queri non debet. *His enim personis etiam in caeteris partibus Edicti bonor habebitur.* Ferner bey der cautio damni infecti. *L.* 13. §. 14. *D. de damno inf.* Sed si eius nomine postulem, qui, si ipse postularet, iurare non compelleretur (*veluti patronus vel parens*) dicendum est, locum iuriiurando non esse: de quo enim ille non iuraret, nec, qui vice eius postulat, in hac stipulatione debet iurare. Gleichwohl sagt eben dieser Ulpian *L.* 34. §. 4. *D. h. t.* nach der florentinischen Lesearт: Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur: deinde sic ei iurabitur. *Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur.* Nach dieser Lesearт steht nun aber freilich dieses Fragment mit den vorhin angeführten Stellen dieses Rechtsgelehrten in einem offenbaren Widerspruche. Da sich jedoch ein solcher Widerspruch in den Fragmenten des nämlichen Rechtsgelehrten nach den Regeln der Hermeneutic nicht wohl annehmen läßt, so haben die Ausleger des röm. Rechts hier mancherley Versuche gemacht,

den-

denselben zu heben. Gerhard Noodt [79]) glaubt, Ulpian lasse sich sehr gut mit sich selbst vereinigen, wenn man zwischen den Worten des Edicts, welcher dieser römische Jurist *L.* 34. *b. t.* erklärt, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach der Allgemeinheit der erstern seyen auch nicht einmal Eltern und Patrone von dem iuramento calumniae zu befreyen, wenn sie den Eid deferiren. Allein da doch der Prätor in andern Fällen seines Edicts die diesen Personen gebührende Ehrfurcht schont, so sey aus diesem Grunde auch bey dem Eide für Gefährde nach dem Geist desselben in Ansehung der Eltern und Patrone eine Ausnahme zu machen. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Ausnahme nicht sowohl in den Worten des Edicts, welches keinen Unterschied macht, als vielmehr in einer Auslegung der röm. Rechtsgelehrten gegründet sey, wie auch Hr. Oberappellationsrath Kind [80]) sehr gründlich bemerkt hat. Allein gerade deswegen hätte man hier, wo Ulpian das Edict des Prätors erklärt, am wenigsten erwartet, daß er blos bey den Worten des Edicts würde stehen geblieben seyn, da er in allen übrigen von ihm angeführten Fragmenten die Eltern und Patrone von dem besondern Eide für Gefährde ausnimmt. Jedoch ist diese Erklärung immer weit wahrscheinlicher und sinnreicher, als die divinatorische Interpretation des Hubert Giphanius [81]) welcher glaubt, daß Tribonian diese Stelle in Gemäßheit der *L.* 2. *C. de iuram. propter calumniam* interpolirt habe,

und

79) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 285.

80) Quaestion. for. Tom. I. cap. 71.

81) Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. pag. 130.

und daß also dieselbe von dem neuen iuramento calumniae zu verstehen sey. Es widerlegt sich aber dieses vermeintliche Emblema, wie schon Cornelius van Bynkershök [82]) sehr richtig erinnert hat, aus Ulpians Fragment von selbst. Denn es heißt darin, der Eid für Gefährde solle geschworen werden, si hoc exigatur, da doch das iuramentum calumniae, wovon *L.* 2 §. 4. *Cod. de iureiur. propt. calumn.* redet, nicht von dem Willen der Partheyen abhängt, und selbst vom Richter nicht erlassen werden soll. Ueberdem ist die *L.* 2., wie ich schon oben (§. 808.) bemerkt habe, ein Jahr später, als die Pandecten, gegeben worden. Ergone Tribonianus, sagt daher Bynkershök, Pandectis inseruit, quod nondum erat constitutum, sed constitutum iri praevidebat, spiritu forte prophetico agitatus? Ich übergehe die eben so unwahrscheinlichen, als erzwungenen Erklärungen eines Wilhelm Fornerius [83]), Justus Meier's [84]), Abraham Wielings [85]), und Bernhard Heinrich Reinolds [86]), welche schon Everhard Otto [87]), und Carl Friedrich Walch [88]) näher geprüft haben. Es ist wohl unläugbar,

82) Obsevat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 214. edit. *Heinecc.*

83) Lib. II. Selection. cap. 4. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 49.

84) Colleg. iuris argentorat. Tom. I. h. t. §. 16. pag. 753.

85) Iurisprud. restituta. Tom. II. pag. 212.

86) Ad. MERCERII Conciliator. not. 90. pag. 57.

87) Praefat. ad Tom. II. Thes. iuris Rom. pag. 15.

88) Ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 51. pag. 46. und §. 283. pag. 519. sq.

bar, daß die Leseart in der L. 34. fehlerhaft sey, und daß statt *neque patrono*, *neque parentibus* vielmehr *aeque patrono atque parentibus* gelesen werden müsse. Hierin stimmen auch die meisten Ausleger [89]) überein. Diese Emendation hat nicht nur die Auctorität der Basiliken [90]) für sich, in welchen die Stelle so lautet: Ο επάγων πρῶτος ὀμνυσι τὸν περὶ συκοφαντίας, ἐὰν ἀπαιτηθῇ, ὃν ἀκ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων. i. e. *Qui iusiurandum defert, prior de calumnia iurat, si exigatur, quod non iurat pater aut patronus*; sondern sie wird auch durch eine große Anzahl von Manuscripten unterstützt, dergleichen Lud. Charon=

89) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 37. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t. *Franc.* DUARENUS de iureiur. cap. 4. in *Operib.* pag. 207. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. c. 21. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 1513. *Guil.* BARCLAIUS Comm. ad h. Tit. bey OTTO Tom. III. pag. 946. *Elb.* LEONINUS Emendat. lib. V. c. 20. *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. III. Tit. 6. §. 4. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXX. Th. 3. *Ev.* OTTO cit. Praef. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. *Siegm. Reich.* JAUCH Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. cap. 17. ECKHARD Hermeneut. iur. Lib. I. §. 51. not. *. et §. 283. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *Io. Lud.* CONRADI Observation. iuris civ. Vol. I. (*Marburgi 1782. 8.*) pag. 54. sq. u. a. m. Unter den Practikern stimmen besonders CARPZOV Iurispr. for. P. I. Constit. XII. Def. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 392. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXL. Cor. 2. und KIND Quaest. for. Tom. I. Cap. 71. für diese Leseart.

90) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 128.

rondas [91]), Valent. Wilhelm Forster [92]) und Georg Obrecht [93]) anführen, denen ich nach unsern Erlanger *Cod. Dig. vet.* beyfügen kann, welcher *hoc iusiurandum de calumnia aeque patrono parentibusque remittitur*, lieset. Man findet diese richtigere Leseart auch bey Stephan [94]), Haloander [95]), Baudoza [96]), Jacob Marechall (Lyon 1525.) [97]) und in mehreren andern Ausgaben der Pandecten, welche Forster [98]) angeführt hat.

3) Wegen des genauen auf wechselseitige Treue gegründeten Verhältnisses zwischen Lehnherrn und Vasallen wird auch diesen der Eid für Gefährde gegenseitig erlassen [99]).

§. 810.

91) Edit. Pand. Antwerp. 1575. pag. 153.

92) De iuris interpretat. Lib. I. cap. 2. nr. 14. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 961.)

93) Tr. de iuramento calumn. Cap. V. nr. 20.

94) Man sehe Brencmanns Note ad L. 34. h. t. in dem Gebauerschen Corp. iur.

95) Haloander lieset *aeque patrono et parentibus.*

96) Baudoza hat *aeque patrono parentibusque.*

97) Diese Ausgabe führt OTTO in praefat. ad Tom. II. Thes. I. R. p. 15. an, sie soll *aeque patrono atque parentibus* lesen.

98) Cit. loc.

99) *II. Feud. 33. §. 1. II. F. 58. pr.* BITSCH Commentar. ad 2. Feud. 33. §. 1. pag. 588. FLOERCKE D. de iuram. calumn. §. 12. pag. 26. Wenn Vasallen unter sich streiten, so sind sie vom Eide für Gefährde nicht frey. Ludovici Lehnsproceß Kap. 12. §. 4. HORN Iurisprud. feud. Cap. XXV. §. 19.

§. 810.

Wirkung des Eides für Gefährde.

Iſt der Eid für gefährde abgeleiſtet, ſo wird dadurch zwar der Verdacht der Bosheit und Chikane, aber nicht der Vorwurf eines muthwilligen Streitens aus dem Wege geräumt. Es kann daher die Parthey, welche dieſen Eid geſchworen hat, doch noch als verlierender Theil in die Proceßkoſten verurtheilt werden [100]). Einige der ältern Rechtsgelehrten [1]) haben zwar die Leiſtung des Eides für Gefährde als einen gültigen Grund der Koſtenvergleichung anſehen wollen. Allein dieſe Meinung rührt offenbar aus dem Irrwahn her, daß derjenige, welcher dieſen Eid geſchworen hat, für einen ſolchen gehalten werden müſſe, der eine wahrſcheinlich gerechte Urſach zum Streit gehabt habe, und iſt von andern ſchon längſt widerlegt, und mit Recht verworffen worden [2]).

100) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 78. §. 2. D. de legat. II. L. 4. D. Quod vi aut clam.*

1) BERLICH Pract. Concluſ. Vol. I. Concl. 78. nr. 43. CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. 31. Def. 30.

2) LAUTERBACH Diſſ. de expenſis victoriae §. 46. in EIUSD. *Diſſertat. academ.* Vol. II. Diſſ. 80. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 11. Claproths ord. bürg. Proceß. 2. Th. §. 203. Deltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 287. Weber über die Proceßkoſten §. 12. Not. 6. S. 122. Emmrich über die Proceßkoſten 1. Th. §. 74. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4531. in fin. und beſonders Joh. Lud. Schmidt in den hinterlaſſenen Abhandlungen verſchiedener practiſchen Rechtsmaterien 2. Band Nr. CXVI.

Wird der Eid für Gefährde nicht geleistet, so kommt es darauf an, ob er aufgelegt war, oder nicht. In dem letztern Falle ist nach dem neuern römischen Recht das ganze Proceßverfahren nichtig, weil die Ableistung dieses Eides zur wesentlichen Förmlichkeit des Processes gehört, welche unnachläßlich vorgeschrieben ist [3]). Dieß fällt nun aber heutiges Tages weg [4]). In dem ersten Fall hingegen, da der Eid aufgelegt worden, aber verweigert wird, ist jetzt wieder zu unterscheiden, ob es entweder der allgemeine oder der besondere Eid ist. Jener war entweder einer Parthey selbst, oder ihrem Anwalt auferlegt. Bey dem letztern hat die Verweigerung der Ableistung Versagung des weitern Zutritts zur Folge. In dem ersten Falle hingegen wird der Kläger abgewiesen, der Beklagte hingegen als Geständiger verurtheilt [5]). Wird der besondere Eid für Gefährde verweigert, so ist Verlust des Vortheils, den man mittelst Abschwörung dieses Eides ziehen konnte, ja zuweilen auch Verlust der ganzen Sache die Folge davon [6]).

§. 811.

2) Erfüllungs- 3) Reinigungseid.

Außer dem Eide für Gefährde, welcher ein bloßer Nebeneid ist, sind 2) noch die nothwendigen Haupt- oder

3) *L. 2. pr. et §. 4. C. de iuram. propt. calumn.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 3. GUDELINUS de iure noviss. Lib. IV. c. 8. nr. 20. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. n. 62.

4) *Cap. 1. §. 1. de iur. calumn. in 6to.* MEVIUS P. VI. Decis. 247.

5) *L. 2. §. 6. Cod. de iuram. propt. calum. Cap. 7. §. 1. X. eod.*

6) *L. 37. D. h. t.* Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 726.

oder Entſcheidungseide einer beſondern Betrachtung würdig [7]). Zu dieſen gehört vorzüglich der Erfüllungs- oder Ergänzungseid, (*iuramentum ſuppletorium*) und der Reinigungseid, (*iuramentum purgatorium*) [8]). Beyde Eide ſetzen den Fall voraus, daß diejenige Parthey, welcher der Beweis oblag, ſolchen zwar nicht ganzlich verfehlt, aber doch nur unvollkommen geführt hat, und die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt [9]). Hier kann der Richter, wenn durch den geführten Beweis eine dringende Vermuthung für den Beweisſatz begründet worden iſt, noch von dem Beweisführer eine eidliche Erhärtung deſſelben verlangen, um dadurch den noch vorhandenen Zweifel zu entfernen, und dem geführten unvollſtändigen Beweiſe den zur Entſcheidung der Sache erforderlichen Grad der juriſti-

7) *Io. Dan.* BARTHOLOMAEI Exercit. de iuramento neceſſario. *Ulmae 1754.* und *Franc.* ALEF Diſſ. de uſu iuramenti neceſſarii. (in EIUS *Dieb. academ.* ſ. *Opuſcul.* Nr. XII.)

8) *Chriſt. Frid. Ge.* MEISTERI Triga Obſervation. practicar. de iuramentis ſuppletorio et purgatorio. (in EIUS *Exercitat. academ.* Nr. 4.) *Lud.* WIESS Diſſ. de iuramento ſuppletorio. *Lugd. 1646.* *Io.* STRAUCH Diſſ. de iuram. ſupplet. *Ienae 1655.* *Chriſtph. Lud.* CRELLII Obſervat. de iureiurando ſuppletorio, quod ſine probatione decernitur. *Vitembergae 1751.* (in EIUS *Diſſertat.* Faſc. X.) *Io. Gottl.* HEINECCII Diſſ. de lubricitate iurisiurandi ſuppletorii. in *Opuſcul.* Nr. XVI. J. T. Werner über die rechtliche Zuläßigkeit des Erfüllungs- und Reinigungseides. (in dem Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinſchrod und Konopak. 6. Bandes 1. St. Nr. III. S. 45. ff.)

9) *L. 31. D. h. t. L. 3. C. de reb. credit. Cap. 2. X. de probation.*

schen Evidenz zu geben. Dieser Eid wird deswegen der Ergänzungs, oder Erfüllungseid genennt. Ist hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz schwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welchen sonst nach den allgemeinen Regeln des Processes der Ergänzungseid obliegen würde, aus besondern Gründen nicht zur Ableistung desselben gelassen werden, so kann der Richter von der Parthey, gegen welche der Beweis geführt worden, verlangen, daß sie sich von dem gegen sie vorhandenen Verdachte eidlich reinige. Dieser Eid wird daher der Reinigungseid genennt, und hat gänzliche Aufhebung des unvollständigen Beweises zum Zweck. Ueber den Ursprung dieser beyden Eidesarten sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Daß der Ergänzungseid schon in dem römischen Rechte gegründet sey, behaupten zwar die meisten [10]). Für diese Meinung streiten auch folgende Gesetzstellen.

L. 31. *D. h. t.* wo Cajus sagt: Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus Principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se inveniſſe dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus

10) S. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 44. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 28. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos locaq. selecta iuris civ. pag. 156. sq. *Franc.* ALEF cit. Diss. Cap. I. §. 11. sqq. in *Dieb. academ.* pag. 401. sqq. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 69. et 70. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1165.

tus fuerit: *ſolent enim ſaepe iudices in dubiis cauſis, exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iuraverit.*

L. 3. Cod. de reb. credit. et iureiur. worin die Kaiſer **Diocletian und Maximian** einer gewiſſen Severa reſcribiren: In bonae fidei contractibus nec non in ceteris cauſis, inopia probationum, per iudicem iureiurando, cauſa cognita, res decidi oportet.

Es erhellet zugleich aus dieſen Stellen, daß der Ergänzungseid ſchon längſt vor **Juſtinian**, ja ſchon zu den Zeiten des Kaiſers **Hadrian**, unter welchem Cajus lebte, im Gebrauch geweſen ſey. Deſſen ungeachtet läugnen viele Rechtsgelehrten [11]), daß der heutige Ergänzungseid in dem römiſchen Recht gegründet ſey. Sie geben zwar zu, daß auch ſchon nach demſelben dem Richter erlaubt ſey, in zweifelhaften Fällen zur Entſcheidung der Sache auch ohne den Antrag einer Parthey auf den Eid zu erkennen, allein daß dieſer Eid bey mangelhaften Beweisgründen dem Richter zur Entſcheidungsnorm gedient habe, finde ſich nirgends. Vielmehr ſtelle das röm. Recht den Grundſatz auf: *actore non probante, abſolvendum eſſe reum* [12]). Einen unvoll-

11) *Franc.* DUARENUS Anniverſar. Diſputat. Lib. II. cap. 33. und in Comm. ad h. t. cap. 7. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 11. *Ant.* FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XIX. Err. 1—3. und in Rational. ad L. 31. D. de iureiur. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 287. (*Oper.* Tom. II.) und Probabil. Lib. III. cap. 6. HEINECCIUS cit. Diſſ. de lubricit. iurisiur. ſuppletor. §. 8—19. und WERNHER in lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 27.

12) *L. 10. D. de teſtib. L. 2. Cod. de probat. L. 4. Cod. de edendo. L. 9. Cod. de except.*

ständigen Beweis kenne das römische Recht gar nicht [13]), und ein Zeuge sey so gut, wie gar kein Zeuge [14]). Eine *inopia probationum* heiße also hier nicht mangelhafter Beweis, nein, gerade das Gegentheil, nimia probationum utrimque concurrentium copia atque abundantia, quae iudicem turbet, et consilii in eligendo inopiam pariat! Um diesen Sprachgebrauch zu beweisen, beruft man sich auf das Zeugniß des Apulejus [15]), welcher sagt: *Psychen, adspectu Cupidinis dormientis accensam, et nimia voluptatis copia turbatam, inopia fruendi laborasse;* und glaubt ihn vollends durch die *L.* 1. *C. de Quaest.* außer Zweifel zu setzen, wo die Kaiser Sever und Antonin sagen: In pecuniariis vero causis nec *inopia probationum* servos contra dominum interrogari posse, manifestum est: wenn man damit die *L.* 20. *D. eodem* vergleicht [16]). Nach dieser Erklärung sey also eine *ca-*

sa

13) *L.* 19. *pr. et §. ult. D. de probat. L.* 26. *§. ult. D. depositi. L. ult. Cod. de rei vindicat. L.* 9. *C. de obligat. et action.* Daher werde das Wort *implere* in den Gesetzen sehr häufig für probare genommen. *L.* 23. *D. de probat. L.* 1. *C. eodem. L.* 1. *C. de condict. ob turp. caus. L.* 3. *C. de non num. pecun.*

14) *L.* 9. *§.* 1. *Cod. de testib.* Sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.

15) *Metamorph.* s. *de asino aureo* Lib. V. pag. 100. (edit. *Altenburg.* 1778. 8.)

16) *Henr.* BRENCMAN in Disput. de Legum inscriptionibus §. 29. (in WIELING *Iurisprud. restituta* Tom. II. pag. 175.) will an diesem Beyspiel zeigen, wie nöthig es bey der Erklärung der Röm. Gesetze sey, den Sprachgebrauch des Zeitalters zu kennen. *Videlicet*, sagt er, *ICti libellos agentes sub Impp. quo-*

rum

ſa dubia, welche den Richter nach dem röm. Recht berechtige, auf den Eid zu erkennen, nur dann vorhanden, wenn zwar der Producent ſeiner Seits vollſtändig bewieſen hat, dieſer Beweis aber durch den ebenfalls an ſich vollſtändigen Gegenbeweis des Producten in eine ſolche Lage geſetzt worden, daß der Richter nun ungewiß iſt, für wen er ſprechen ſoll. Hier könne der Richter der Parthey den Eid auflegen, deren Moralität er zu trauen die meiſte Urſache hat, und für dieſe ſprechen, wenn ſie den Eid geſchworen hat. Ich übergehe die Stellen, die man noch zur Unterſtützung dieſer Erklärung aus Cicero, Horaz und Terenz, beſonders von der *coena dubia*, (riſum teneatis amici) anzuführen pflegt. Denn ſchon längſt haben Vinnius [17]), Crell [18]), Ulef [19]) und Malblanc [20]), das höchſt Unwahrſcheinliche, Gezwungene, und offenbar Irrige in dieſer Erklärung lichtvoll dargeſtellt. Das Wort *inopia* bedeutet ſowohl nach dem Sprachgebrauch der Claſſiker, als der röm. Juriſten nichts anders als Mangel, Schwäche, Unvollkommenheit, und wird dem Wort *copia*, Vorrath, Reichthum, Ueberfluß, entgegengeſetzt. Man ſchlage nur Briſſon [21]), Ges-

rum eſt L. 1. C. de Quaeſt. et L. 3. C. de reb. credit. Apulejum imitati videntur, ut floridi et elegantis (eo inprimis tempore) ſtyli Scriptorem.

17) Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 44.

18) Diſſ. cit. de iureiur. ſuppletorio. Obſ. 5.

19) Diſſ. cit. de uſu iuram. neceſſarii Cap. I. §. 11. ſqq.

20) De iureiur. §. 70.

21) Opus de Verbor. Signif. v. *Inopia.*

ner [22]) und Scheller [23]) nach, um sich davon zu überzeugen. In dieser Bedeutung kann daher der Ausdruck *inopia probationum* nichts anders heissen, als Mangel an hinlänglichen Beweisen, oder eine solche Unvollständigkeit des Beweises, welche noch einen Zweifel übrig läßt, ob die Forderung oder der Anspruch des Producenten gleich wohl gegründet sey, und daher noch einer Stütze bedarf, wenn für ihn erkannt werden soll [24]). Denn nach einer bekannten Regel der Hermeneutic muß man so lange die Worte eines Gesetzes dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß erklären, bis man Grund hat, zu glauben, daß der Gesetzgeber davon abgewichen sey. Nun läßt sich doch wohl im Ernst nimmermehr glauben, daß der Concipient der *L.* 3. *C. de reb. credit.* bey der *inopia probationum* an den goldnen Esel des Apulejus, und desselben schwärmerische Liebesgeschichte gedacht habe! gewiß eben so wenig, als daß Cajus bey seinen *causis dubiis* in der *L.* 31. *D. h. t.* die *coena dubia* bey Terenz [25]) im Sinne gehabt haben sollte. Und dennoch will man deswegen vom gemeinen Sprachgebrauche abgehen? Itane vero APULEJI delirio potius, quam candidae Iurisconsultorum simplicitati credendum? non putem, sagt Ulef, dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen.

Illius

22) Thes. linguae latinae h. v.

23) Lat. teutsch. Wörterbuch h. v.

24) Dies erhellet auch deutlich aus folgenden Gesetzstellen. *L.* 9. *L.* 18. §. 4. *D. de Quaest.* *L.* 12. *C. eod.* *L.* 7. *D. de testib.* *L.* 7. *D. de probat.* PAULUS *Sent. recept. Lib. V. Tit.* 14. §. 2.

25) *Phormio. Actu* II. *Sc.* II. *v.* 28.

Illius erat, ſuavi verborum luſu riſum excitare ſpectatorum; horum, gentes docere, earumque actionibus apertam praeſcribere normam. Illi applauſus populi lucro fuit; his gentium ſalus et curae et cordi erat. Ille tropos metaphorasque, hi (quod neceſſe erat) ſermonis affectabant ſimplicitatem. Neque, ſi APULEJO fidem adhibere in materia iuris fas eſſet, NOODTIUM iuvat: ut enim ille (relege verba) non voluptatum, ſed fruentis queritur inopiam, ita contra Imperatores DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS in *cit. L.* 3. non iudicis, ſed probationum inopiam ſua tangunt oratione; de hac, non illa, ſtatuentes, iuramento neceſſario locum facere.

Geſetzt aber, man wollte auch nach jener Erklärung den Fall annehmen, daß Beweis und Gegenbeweiß colidiren, und beyde Beweiſe gleich vollſtändig ſind; wie kann hier der Richter in die Verlegenheit kommen, auf den Eid zu erkennen? Ein Beweiß hebt ja den andern auf, und es muß daher wider den Beweisführer erkannt werden, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünſtigungen der Beweis den Vorzug vor dem Gegenbeweis verdient [26]). Wie kann alſo hier eine cauſa dubia ſeyn, welche erſt durch den Eid entſchieden werden müßte? Wohl aber kann dies der Fall ſeyn, wenn noch kein hinlänglicher Beweis vorhanden iſt. Hier iſt es den angeführten Geſetzen

26) S. *Guil.* BARCLAII Comm. ad L. 31. D. h. t. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 957.) KOCH Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa delationem iuram. litis deciſorii §. 30. und Gönners Handbuch des gemeinen Proceſſes 2. Band Nr. XLI. §. 11.

setzen gemäß, daß der Richter den noch vorhandenen Zweifel dadurch heben kann, daß er dem Beweisführer den Eid auflegt, um dadurch den geführten unvollständigen Beweis zu ergänzen. In welche Verlegenheit oft der Richter gerathen kann, wenn die Frage davon ist, ob der beygebrachte Beweis vollständig sey oder nicht, erhellet aus dem Rescript des Kaisers Hadrian an den Valerius Verus, welches Callistratus *L.* 3. §. 2 *D. de testib.* anführt, und folgendermaßen lautet: Quae argumenta *ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* Daß das römische Recht den unvollständigen Beweis gar keine andere Wirkung beylege, als die, den Beklagten frey zu sprechen, ist offenbar falsch. Die bekannte Rechtsregel: *Actore non probante, reus absolvitur*, kann nur von dem Falle gelten, wo der Kläger entweder nicht das geringste Begründungsdatum, oder wenigstens nicht so viel Beweisgründe für seinen Anspruch beyzubringen vermochte, um bey dem Richteramte dadurch vernünftige Vertrauungsmotive in seine Gewissenhaftigkeit zu erregen. Als Beleg zu dieser Wahrheit kann der Fall bey Gellius [27]) dienen, wo derjenige, welcher eine Geldforderung einklagte, die Schuld *neque tabulis neque testibus* erweisen konnte, *sed argu-*

27) *Noct. Attic. Lib. XIV. cap. 2.*

argumentis admodum exilibus utebatur. Hier war es freylich nach dem röm. Rechte keinem Zweifel unterworffen, *quod abſolvendus foret reus, quem accepiſſe pecuniam nulla probatione ſolemni doceretur.* Sicher würde aber der Beklagte nicht freygeſprochen worden ſeyn, wenn der Kläger nur wenigſtens die eidliche Ausſage eines klaſſiſchen Zeugen für ſich gehabt hätte. Zwar ſagt **Paulus** [28]): unius teſtimonio non eſſe credendum, und Kr. **Conſtantin** [29]) verordnet, ut unius omnino teſtis reſponſio non audiatur. Allein damit hat keinesweges geſagt werden wollen, daß ein Zeuge gar nichts beweiſe, ſondern der Sinn gehet offenbar nur dahin, daß einem Zeugen allein noch nicht derjenige Glaube und diejenige Beweiskraft beyzulegen ſey, welche erfordert wird, um ein Definitiv-Erkenntniß darauf zu bauen, wenn nicht noch andere Beweisgründe hinzutreten [30]). Hierzu kann nun aber der Eid des Producenten um ſo mehr dienen, weil auch der Erfüllungseid als ein Beweismittel anzuſehen iſt. Daß zur Ergänzung eines mangelhaften Beweiſes der Richter auch ſchon nach dem röm. Rechte auf den Eid erkennen könne, erhellet, auſſer den oben angeführten Stellen, auch noch inſonderheit aus *L.* 1. §. 40. *D. depoſiti*, wo **Ulpian** ſagt: Si quis argentum vel aurum depoſitum petat, utrum ſpeciem an et pondus complecti debeat? Et magis eſt, ut utrumque complectatur: ſcyphum forte vel lancem vel pateram dicendo, et materiam et pondus addendo: *ſalvo eo, ut ſi de quantitate ponderis incertum eſt,*

iu-

28) *L.* 20. *D. de Quaeſtion.*

29) *L.* 9. *Cod. de teſtib.*

30) S. CRELLII Diſſ. cit. Obſ. 4.

iuranti succurratur. Selbst Anton Faber kann nicht läugnen, daß hier vom Ergänzungseide die Rede sey, wenn er sagt: *At succurritur ei, qui deposuit, cum admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, ut suam intentionem probet ac impleat, non deferente adversario iusiurandum.* So wäre denn wohl der römische Ursprung des Ergänzungseides außer Zweifel gesetzt [32]). Ob aber auch der Reinigungseid schon den Römern bekannt gewesen, oder aus welchem Rechte sonst desselben Ursprung herzuleiten sey, ist ebenfalls sehr streitig. Einige [33]) wollen wirklich Spuren von diesem Eide in dem röm. Rechte entdeckt haben [34]). Andere [35]) leiten den Ursprung desselben

31) Rational. in L. 1. §. 44. D. depositi.

32) Man sehe noch *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 69 et 70.

33) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 10. *Rad.* FORNERIUS Rer. quotidianar. Lib. V. cap. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 271.) *Ant. Flor.* RIVINUS Iurisprud. polem. pag. 51. und *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 31.

34) Man führt gewöhnlich an *L. 31. D. h. t.* wegen der Worte: *cum a iudice aliquis absolutus fuerit.* Allein daraus folgt noch lange nicht, daß der Beklagte den Reinigungseid geschworen habe. — *L. 5. pr. D. de public. iudic. L. 6. Cod. ad Leg. Corn. de sicar. L. ult. in fin. Cod. de abolit.* Allein diese Gesetze reden zwar von einer purgatione innocentiae, aber nicht von einem iuramento purgationis, wie schon *Io. Van de* WATER in Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 171. bemerkt hat. — *L. 13. §. 2. L. 28. §. 5. D. h. t. L. fin. §. 10. C. de iure delib. L. fin. §. 5. C. de iure dom. impetr. L. 26. in fin. C. de Usur.* Allein alle diese Stellen reden vom iuramento delato. — *L. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccles.*

con-

ben aus dem canoniſchen Recht her. Noch andere [36]) eignen ihn den Sitten der Teutſchen zu. Die mittlere Meinung verdient wohl unſtreitig den Vorzug, wie Böhmer

confug. wo die Worte: Sicubi depoſitae vel commodatae dicuntur (ſc. res eorum, qui ad eccleſiam confugerunt) inquirendi talem volumus eſſe cautelam: ut ſi ſola ſuſpicione apud aliquem adſerantur abſconditae, *de ſua etiam conſcientia ſatisfacere auctoritate venerabilis Antiſtitis iubeatur*; von einem Reinigungseide erklärt werden, aber gewiß eben ſo wenig davon verſtanden werden können, als das iuramentum manifeſtationis dahin zu rechnen iſt. Denn es iſt dort von Gläubigern die Rede, denen die gebührende Befriedigung durch Execution aus den Gütern ſolcher Schuldner nicht vorenthalten werden ſoll, welche ſich in eine Kirche geflüchtet haben; dieſe können daher auch den Eid von denen fordern, welche die von ihren Schuldnern mit ſich genommenen Sachen zur Verwahrung erhalten haben. Endlich *Nov.* 124. *cap.* 2. oder *Auth.* Novo iure *Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit.* wo es heißt: Si autem litigator donationem vel promiſſionem (ſc. iudici factam) probare non potuerit, perſona, quae donationem vel promiſſionem accepiſſe dicitur, *iuret, ſe nec per ſe nec per aliam perſonam quid vel accepiſſe, vel promiſſum eſſe; eoque iureiurando praeſtito, libera ſit.* Allein die Novelle handelt vom iuramento calumniae, wie ſchon *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Diſſ. de uſu iuramenti purgatorii in criminalib. §. 5. gezeigt hat. Das iuramentum purgationis, ſo wie es jetzt üblich iſt, läßt ſich alſo aus dem Röm. Recht nicht wohl beweiſen. Man ſehe auch *Ant.* MATTHAEI Commentar. de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 7.

35) MALBLANC de iureiur. §. 108. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

36) HEINECCIUS Elementor. iuris Germ. Tom. II. Lib. III. §. 354.

mer [37]), gründlich gezeigt hat. Der Reinigungseid trat bekanntlich an die Stelle der ehemaligen Gottesurtheile oder Ordalien [38]), und wird daher *purgatio canonica* [39]), ja auch selbst *iudicium divinum* [40]) oder *iudicium iustum* [41]) genennt.

Um nun aber näher zu bestimmen, wenn ehe auf den Ergänzungseid, und wenn auf den Reinigungseid zu erkennen sey, so unterscheidet man gewöhnlich folgende Fälle.

1) Der Producent hat mehr als halb, und beynahe vollständig bewiesen. Hier ist dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen.

2) Der Producent hat nicht einmal einen halben Beweis beygebracht. Hier wird dem Producten der Reinigungseid aufgelegt [42]).

3) Es

37) Iur. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 7. sqq. pag. 559. sqq.

38) *Pet.* GALLADE Diss. de iuramento purgatorio reiectis ordaliis per canones et leges stabilito. *Heidelbergae* 1758. *Paul Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 275. Ge. Aug. Hoof von den Ordalien oder Gottesurtheilen. Mainz 1784. 8.

39) Vid. Tit. Decretal. V. 35. de purgatione canonica.

40) *Can.* 25. *Caus.* II. *Qu.* 5. S. BOEHMER cit. loc. §. 12. pag. 565. *Feudor.* II. 27. §. 3. *Io. Van de* WATER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11.

41) *Can.* 1. *C. XXXIII.* Qu. 1. verglichen mit *Cap.* 1. *et* 5. *X. de frigid.*

42) *Cap.* 36. §. 1. *X. h. t.* Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit, obtinere. *Praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam iuramentum*, nisi iudex inspectis personarum et causae circumstantiis illud actori videat deferendum.

3) Es iſt gerade ein halber Beweis vorhanden. Hier iſt es ſtreitig, auf welchen von beyden Eiden zu erkennen ſey. Die meiſten glauben, daß hier der Erfüllungseid Statt finde [43]). Allein andere [44]) ziehen den Reinigungseid vor, weil der Richter immer geneigter ſeyn müſſe, freyzuſprechen, als zu verurtheilen, überdem könne ein, wenn gleich eidlich beſtärktes Zeugniß, was der Producent in ſeiner eigenen Sache ablegt, nie die Kraft eines halben Beweiſes haben. Es müſſe alſo immer ein mehr als halber Beweis vorhanden ſeyn, wenn auf den Erfüllungseid ſolle erkannt werden können. Noch andere [45]) überlaſſen hier alles dem richterlichen Ermeſſen, nach der beſſern Sachkenntniß des einen oder andern Theils, oder nach der höhern Glaubwürdigkeit, welche der eine Theil vor dem andern verdient, oder nach der mehreren Rechtsbegünſtigung, welche für eine von beyden Partheyen ſpricht, zu beſtimmen, welcher

43) *Ev. Chriſtph.* CANZ Tr. de probabilitate iuridica. *Tubingae 1751.* 4. §. 221. ſqq. MEVIUS P. IV. Deciſ. 155. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 74. HEINECCIUS cit Diſſ. §. 20. ſqq. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4527. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 815.

44) ALEF Diſſ. cit. de uſu iuram. neceſſarii. Cap. II. §. 20. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 72. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum.* Tom. II. Faſc. 1. Obſ. 317.

45) Danz Grdſ. des ordentlichen Proceſſes §. 365. Martin Lehrbuch des gem. bürg. Proceſſes §. 179. SCHNEIDERS vollſtändige Lehre vom rechtl. Beweiſe §. 400—403. Weſtphals Rechtsgutachten. 1. Th. h. t. §. 22. *Hier. Frid.* SCHORCH Diſſ. de officio iudicis in imponendo iuramento vel ſuppletorio vel purgatorio. *Erfordiae 1737.*

cher von beyden Eiden zu erkennen sey. Diese letztere Meinung verdient zwar allerdings den Vorzug, doch bleibt es immer in vorkommenden Fällen ein schwieriges Problem, wenn ehe der Beweis für einen halben zu halten, und wenn noch weniger als ein halber Beweis vorhanden sey? Man sucht zwar die nach der gemeinen Theorie angenommene Gradation durch das Beyspiel vom Zeugenbeweise anschaulich zu machen. Wenn nämlich, sagt man, die übereinstimmende Aussage zweyer unverdächtiger Zeugen zu einem vollständigen Beweise erfordert werde, so müße folglich ein unverdächtiger Zeuge gerade die Hälfte, ein nicht ganz unverdächtiger Zeuge weniger als die Hälfte, und ein glaubwürdiger Zeuge neben einen nicht ganz unverdächtigen mehr als die Hälfte ausmachen. Allein nicht zu gedenken, daß die Aussage eines classischen Zeugen gewiß einen höhern Grad von Wahrscheinlichkeit bewirkt, als die dem dadurch bewiesenen Factum entgegenstehende negative Rechtsvermuthung[46]); so läßt sich auch der Maasstab vom Zeugenbeweise auf Urkunden, desgleichen auf die künstlichen Beweise nicht füglich anwenden. Der Richter hat also vielmehr in vorkommenden Fällen eines unvollständigen Beweises alle zusammentreffende individuelle Umstände an sich selbst sowohl, als in ihrer Verbindung mit einander sorgfältig zu prüfen, und hiernach zu beurtheilen, ob daraus ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit hervorgeht, der eine dringende Vermuthung für den Beweisführer begründet, oder nicht[47]). Dabey kommt es denn allerdings auch

46) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XXXVII. §. 24.

47) S. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 83.

auch darauf an, welcher von beyden Theilen eine beſſere Sachkenntniß ſowohl, als auch an ſich eine ſtärkere Vermuthung der Glaubwürdigkeit für ſich hat. Es ergeben ſich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Wenn im Falle eines unvollſtändigen Beweiſes der eine Theil ſich ſowohl wegen ſeines bisherigen unbeſcholtenen Lebenswandels und ſeiner bekannten Gewiſſenhaftigkeit, als auch inſonderheit bey der Verhandlung des Proceſſes durch vollſtändige und genaue Angabe des Zuſammenhangs der Sache eines vorzüglichern Zutrauens würdig gemacht hat, als der andere; ſo iſt jenem der Eid aufzulegen, er ſey der Erfüllungs, oder der Reinigungseid [48]). Auf den Unterſchied der Religion hingegen, welcher der eine oder andere Theil zugethan iſt, kommt an ſich nichts an, und es kann daher hiernach allein der höhere oder mindere Grad der Glaubwürdigkeit nicht beurtheilt werden. Wenn demnach einige [49]) behaupten wollen, daß ein Jude wider einen Chriſten nicht zum Erfüllungseide zu laſſen ſey, ſondern dem Chriſten in einem ſolchen Falle der Reini-

48) SCHNEIDER vom rechtl. Beweiſe. §. 402. *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 44.

49) STRYK de cautel. iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. 6. nr. 44. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 11. not. 4. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 193. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 110. BOEHMER Iur. eccleſ. Proteſt. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 9. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 67. *de* CANNGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſell. Tom. I. Deciſ. 136. nr. 14. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 45. *Io. Sieg.* THIEL Princip. iurisprud. iudaicae §. 390.

gungseid zuerkannt werden müsse; so ist dies eine gegen alles Recht und Billigkeit streitende Meinung, welche schon von mehreren [50]) gründlich widerlegt, und mit Recht verworffen worden ist [51]).

2) Wenn bey gleichen Gründen der Wahrscheinlichkeit, welche für oder wider den Beweisführer streiten, der eine Theil de veritate, der andere aber nur de credulitate schwören kann, so ist der erste Eid dem letztern vorzuziehen [52]).

3) Wenn für eine von beyden Partheyen die mehrere Rechtsbegünstigung spricht, so ist auf denjenigen Eid zu erkennen, welcher dieser Rechtsbegünstigung am meisten entspricht [53]).

Beyde

50) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. P. I. Obs. 507. *Io. Aug. Lud.* MENCKEN Diss. de iudaeo iurisiurandi suppletorii haud incapace. *Vitemb.* 1782. HEINECCIUS in Diss. de lubricitate iurisiur. suppletorii §. 26. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 350. Heislers Abh. Ob die Zulassung eines Judeneides wider einen Christen bedenklich sey? in desselben jurist. Abhandl. Th. 3. Nr. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4527. not. i.

51) Man beruft sich gewöhnlich auf *L.* 21. *C. de haeret. Nov.* 45. *c.* 1. *Can.* 26. *C. II. Qu.* 7. Allein man sehe dagegen BOEHMER ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 3.

52) *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. § 71. LEYSER Specim. CXLII. medit. 4. Strubens rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 130. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 110. pag. 480.

53) *L.* 85. *L.* 125. *D. de Reg. iur.* *L.* 47. *D. de obligat. et act.* Z. B. wenn die Sache ein Heyrathsgut betrifft. In ambiguis pro dote respondere melius est.

Beyde Eide sind übrigens in allen bürgerlichen Rechtssachen, selbst unter den Protestanten, wenn sie die Trennung einer Ehe bezwecken sollten, zuläßig. In Ansehung der Ehesachen sind zwar viele anderer Meinung. Einige [54]) läugnen hier gänzlich die rechtliche Zuläßigkeit des Erfüllungseides. Andere [55]) unterscheiden, ob der Eid für oder wider die Ehe geschworen werden soll; und lassen nur in dem ersten Fall den Eid zu, wenn mehr als ein halber Beweis vorhanden ist; auf keine Weise aber in dem letzten Falle. Allein Leyser [56]) hat schon längst diese Meinungen widerlegt. Es treten hier eben die Gründe ein, aus welchen auch die Eidesdelation in solchen Sachen für rechtlich zu halten ist [57]). In wiefern in peinlichen Sachen auf diese Eide erkannt werden könne, ist streitig. Den Reinigungseid lassen zwar alle zu, ob sie wohl in Absicht auf den eigentlichen Gebrauch desselben verschiedener Mei-

54) *Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. IV. Tit. 1. Def. 44. HEINECCIUS in Diss. de lubricit. iurisiur. suppletor. §. 27. LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 77.

55) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 11. not. 3. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 642. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const 22. Def. 3. Dan; Grundsätze des ordentl. Processes §. 365. a. E.

56) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 4.

57) Selbst das Canonische Recht läßt ja Beschwörung des ehelichen Unvermögens zum Zweck der Ehetrennung zu. *Can.* 2. *Caus. XXXIII. Qu.* 1. *Cap.* 1. 5. *et* 7. *X. de frigid.* S. I. *H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 75—80. und diesen Theil des Commentars §. 799. nr. 5. S. 270. ff. Gleicher Meinung ist THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1165.

nung sind [58]). Denn es läßt sich freylich der Gebrauch desselben in peinlichen Sachen nur unter sehr großen Einschränkungen rechtfertigen [59]). Was hingegen den Erfüllungseid anbetrift, so ist zwischen dem Anklags- und Untersuchungsproceß zu unterscheiden. Ist von dem Anklagsproceß die Rede, so ist es nach den Gesetzen [60]) sowohl, als vermöge des Gerichtsgebrauchs eine unbestrittene Wahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungseid Statt finden könne [61]). Ob aber nicht wenigstens der Angeklagte bey vorhandenen starken Vermuthungen, die entweder für seine gänzliche Schuldlosigkeit, oder wenigstens für den Mangel des Vorsatzes streiten, zum Erfüllungseide gelassen werden könne, ist streitig. Quistorp [62]) hat dieses aus mehreren Gründen zu erweisen gesucht. Allein mit Recht hat schon Malblanc [63]) dagegen erinnert, daß der Eid in diesem Fall kein anderer als der Reinigungseid sey. Im Untersuchungsproceß pflegt zwar ein Angeschuldigter, sofern kein Meineid zu besorgen ist, zur eidlichen Erhärtung seiner Unschuld zugelassen zu werden. Es ist aber auch dieser Eid mehr für einen Reinigungs- als für einen Erfüllungseid zu achten [64]).

§. 812.

58) S. *I. H.* BOEHMERI Diss. de usu iuram. purgatorii in causis criminal. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III. Exercit. 48.)

59) S. GROLMANS Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 505.

60) *L. 25. C. de probat.*

61) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 74.

62) Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien Nr. 29.

63) Doctr. de iureiur. §. 75. not. 384.

64) S. Westphals Criminalrecht Anmerk. 146. §. 13.

§. 812.

Der Erfüllungs- und Reinigungseid sind nothwendige Eide. Wirkung derselben.

Beyde Eide, von denen bisher gehandelt worden, sind **nothwendige Eide**, und zwar 1) auf Seiten des Richters, weil Niemand für verbunden erklärt werden kann, gegen welchen nicht vollkommen bewiesen ist. Sobald nun der Richter, in Ermangelung anderer und befriedigenderer Ergründungsmittel des Wahren, Ueberzeugungsgründe erhalten hat, daß er der Gewissenhaftigkeit einer von beiden Partheyen trauen könne, so bleibt ihm zur Entscheidung der Sache kein anderes Mittel übrig, als der Eid [65]). Der Richter muß daher unaufgefordert auf den Eid erkennen, und darf ihn auch den Partheyen nicht erlassen, weil er zur Vollendung seiner eignen rechtlichen Ueberzeugung dient [66]). 2) Auf Seiten der Parthey, welcher ein solcher Eid auferlegt wird, ist er darum nothwendig, weil dessen Ableistung von derselben nicht verweigert werden darf. Es findet daher hier keine Zurückschiebung Statt [67]). Ob aber diese Eide auch nicht durch Gewissens-

65) Von der rechtlichen Nothwendigkeit dieser Eide handelt sehr gründlich **Werner** in der oben Not. 8. angeführten Schrift. S. **Archiv des Criminalrechts** 6. B. S. 66. ff.

66) *L. 3. Cod. de reb. credit.* *Arn.* VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 43. und ALEF cit. Diss. de usu iuram. necessarii. Cap. III. §. 29 — 33.

67) MALBLANC de iureiur. §. 75. VINNIUS c. l. Durch die *L. 12. §. 1. C. de reb. credit.* sind zwar manche verleitet worden, zu behaupten, daß auch bey einem zuerkannten nothwendigen Eide der Parthey, welcher ein solcher Eid auferlegt worden,

wissensvertretung vermieden werden können, ist unter den Rechtsgelehrten streitig [68]). Einige [69]) läugnen dieses schlechthin. Viele [70]) hingegen wollen die Gewissensvertretung zwar bey dem zuerkannten Reinigungseide zulassen, läugnen aber, daß sie bey dem Erfüllungseide Statt finde, es müßte denn etwa neuer Beweis beygebracht werden können.

den, freystehe, die Ableistung desselben von ihrem Gegner zu verlangen S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 7. und ENGEL Diss. de relatione iuramenti a iudice iniuncti. *Lipsiae 1735.* Allein wenn gleich in der angeführten Stelle von beyden Eiden, sowohl dem nothwendigen, als dem freywillig angetragenen, die Rede ist, so ist doch dasjenige, was das Gesetz von der Relation verordnet, nach einer richtigern Erklärung blos vom iuramento delato zu verstehen. Auf diesen paßt auch nur der Grund, welcher in dem Gesetz angeführt wird. *Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?* Noch deutlicher aber erhellet dies aus den Basiliken, in welchen T. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 134. die Worte so lauten: αὐτὸς γὰρ ὥσπερ ἑαυτῷ δικάσας, καὶ τὸν ὅρκον ἐπενεγκὼν, εἶτα παραιτησάμενος, τὸν ἐκ τῆς ἀντεπιφορᾶς ὅρκον παρέχειν, οὐκ ἐστι φορητὸς ἐπὶ τὴν τῆς ἐκκλήτου καταφεύγειν βοήθειαν. i. e. *ipse enim quasi sui ipsius iudex, et iusiurandum deferens, ac deinde sacramentum relationis subire recusans, ferendus non est ad appellationis confugiens auxilium.* Man sehe noch VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 30.

68) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 46.

69) MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 480.

70) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 363. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. et not. h. pag. 964. MALBLANC c. l. §. 75.

nen. Andere [71]) laſſen auch nicht einmal in Anſehung des letztern wegen neu aufgefundener Beweismittel die Gewiſſensvertretung zu, wenn die Beweisfriſt einmal verſtrichen iſt. Noch andere [72]) nehmen zum Grundſatz an, daß beyde Eide nur dann, wenn die Beweisfriſt nicht verſtrichen iſt, durch die Gewiſſensvertretung vermieden werden könnten. Allein da dies faſt nur bey dem Reinigungseide der Fall ſeyn kann; ſo iſt hierdurch bey dem Erfüllungseide, die Gewiſſensvertretung ſo gut, wie abgeſprochen. Daher laſſen andere [73]) ohne Unterſchied, ob der Beweistermin bereits verſtrichen iſt, oder nicht, die Gewiſſensvertretung zur Abwendung des erkannten nothwendigen Eides um ſo mehr zu, weil ja ſelbſt nach ſchon abgeſchwornen Erfüllungs- oder Reinigungseide noch das Gegentheil erwieſen werden kann [74]). Da beyde Eide blos ſubſidiariſche Beweismittel ſind, welche nur dann Statt finden, wenn eine vollſtändige Beweisführung nicht möglich iſt, ſo iſt wohl diejenige Meinung für die richtigſte zu halten, nach welcher die Ableiſtung derſelben noch immer durch die Gewiſſensvertretung mit Beweis vermieden werden kann, wenn noch andere Beweismittel übrig ſind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil ſie entweder neu aufge-

71) CARPZOV P. I. Conſt. XIV. Def. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. IV. Cap. 2. §. 9.

72) THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.

73) MEVIUS P. IV. Deciſ. 296. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 26. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Th. §. 324. a. E. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 9. Band Medit. 466.

74) *L. 31. D. h. t.*

funden worden, oder weil ihr Gebrauch an keine bestimmte Frist gebunden ist, oder endlich weil die bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist [75]).

Die Wirkung dieser Eide besteht darin, daß

1) für diejenige Parthey gesprochen werden muß, welche den Eid geschworen hat [76]). Ist daher der Eid von dem Kläger geschworen worden, so hat er die Verurtheilung des Beklagten zur Folge. Denn war es der Erfüllungseid, so ist nun der ihm aufliegende Beweis für vollkommen geführt zu achten. Hat er hingegen den Reinigungseid geschworen, so ist dadurch der Beweis des Beklagten aufgehoben. Ist hingegen der eine oder der andere Eid von dem Beklagten geschworen worden, so ist Absolution desselben die rechtliche Folge dieser Eidesleistung. Wird aber

2) die Ableistung des zuerkannten Eides verweigert, so hat der Producent so gut, als nichts bewiesen, wenn ihm der Ergänzungseid zuerkannt war. Der Product hingegen,

75) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 93. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 46, not. 3.

76) *L. 31. D. h. t.* Viele wollen den aufgelegten Eid auch dann für abgeleistet halten, wenn die Parthey, welcher er aufgelegt worden, vor der Ableistung gestorben ist, STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 42. MEVIUS P. IV. Decis. 262. et P. V. Dec. 46. MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56. HILLIGER ad *Donellum* Lib. XXIV. Cap. 11. lit. y. der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. Band. Medit. 246. und BIENER Syst. proceff. iudiciar. Tom. I. §. 170. Obs. pag. 334.

gen, welcher den ihm zuerkannten Reinigungseid abzuſchwören beharrlich verweigerte, muß nun den Beweis ſeines Gegners als vollkommen wider ſich geführt anerkennen [77]). Es findet jedoch

3) wider das auf einen ſolchen Eid erkennende oder folgende richterliche Urtheil nicht nur die Appellation Statt [78]), ſondern es kann auch daſſelbe, wenn es ſchon in die Rechtskraft übergegangen ſeyn ſollte, wegen neu aufgefundener Beweiſe angefochten, und der abgeſchworne Eid wieder aufgehoben werden [79]). Ob aber der Beweis gegen den geſchwornen Eid nur durch neu aufgefundene Urkunden, oder auch durch Zeugen geführt werden könne, iſt ſtreitig. Viele [80]) wollen das Letztere aus dem Grunde bezweifeln, weil Cajus *L.* 31. *D. h. t.* ausdrücklich ſagt: Si quis *nova inſtrumenta* ſe inveniſſe dicat, *quibus nunc ſolis uſurus ſit.* Sie glauben, dem Beweiſe durch Zeugen ſtehe metus ſubornationis entgegen, und berufen ſich auf Novelle 90. Kap. 4. Darum gedenke das Geſetz der Zeugen nicht. Allein dagegen haben andere [81]) mit Recht erin-

77) SCHNEIDERS Lehre vom rechtl. Beweiſe §. 405 u. 406. und *Ge. Steph.* WIESAND Diſſ. de vi et effectu iurisiurandi purgatorii. *Vitemb. 1796.*

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30.

79) *L. 31. D. h. t.*

80) SETSER de iurament. Lib. IV. Cap. 17. nr. 9. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 151. nr. 650. beſonders *Mich. God.* WERNHER lectiſſim. Commentat. in Pand. h. t. §. 30.

81) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 40. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Diſput. XXIV. Th. 36. LEYSER Meditat. ad Pand.

erinnert, daß der Ausdruck *instrumenta*, welchen Cajus braucht, auch Zeugen unter sich begreife [82]). Paulus sagt *L.* 1. *D. de fide instrum. Instrumentorum* nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: *et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.* Sodann legen ja die Gesetze [83]) dem Beweise durch Zeugen mit dem Beweise durch Documente gleiche Wirkung bey. Diesem ist auch die Novelle 90. nicht entgegen, welche nur davon redet, daß nach Publication der Zeugen-Aussagen keine neuen Zeugen weiter producirt werden sollen. Ob aber zwey Zeugen hinreichend sind, um den durch den Eid bewirkten Beweis zu entkräften, ist eine andere Frage. Malblanc [84]) läugnet dies aus dem allerdings erheblichen Grunde, weil zwey Zeugen dem bereits vorhandenen Beweise das Gleichgewicht halten würden. Er erfordert daher drey unverwerfliche Zeugen, oder es müssen, ausser den zwey neuen Zeugen, noch andere Gründe vorhanden seyn, welche dem neuen Beweise das Uebergewicht geben. Ueberhaupt können freylich, wie Grolman [85]) sehr richtig be-

Pand. Vol. III. Specim. CLXV. medit. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien IX. Band Medit. 465.

82) In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 127. wird der Ausdruck δικαιώματα gebraucht, worunter alle rechtliche Beweisgründe verstanden werden.

83) *L.* 15. *Cod. de fide instrumentor.* Man vergleiche auch *Ern. Gotifr. Christ.* KLÜGEL Diss. de testibus noviter repertis. *Vitemb. 1775.*

84) Doctr. de iureiur. §. 65. pag. 244.

85) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. S. 176.

bemerkt, nur solche Beweismittel, welche entweder moralische Gewißheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengesetzten in sich vereinigen, die Kraft haben, daß durch sie nicht nur die aus dem abgeleisteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, sondern auch die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde.

4) In Absicht auf den Kostenpunct ist zu unterscheiden.

a) Ist von dem Producten der Reinigungseid geschworen worden, so findet der Regel nach eine Compensation der Proceßkosten Statt. Denn der Reinigungseid setzt doch wenigstens einen nicht unbedeutenden Verdacht wider den Producten voraus. Es kann folglich den Producenten der Vorwurf eines muthwilligen Streitens, oder Mißbrauchs der richterlichen Hülfe nicht treffen, wenn er doch soviel durch seinen Beweis bewirkt hat, daß sich der Gegner eidlich reinigen mußte; vielmehr gereicht es ihm immer zur Entschuldigung, daß er ohne richterliche Hülfe den Ungrund seines nicht unwahrscheinlichen Verdachts nicht entdecken konnte [86]). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn der Producet durch seine eigene Schuld gegründeten Anlaß zu dem Verdacht gegen sich erregt hat, von welchem er sich reinigen mußte. 2) Wenn der Producent durch scheinbare Gründe einen Verdacht wider seinen Gegner so wahrscheinlich zu machen wußte, daß sich der Richter den Reini-

86) Anderer Meinung ist zwar Herr Prof. Weber über die Proceßkosten §. 12. S. 129. ff. man vergleiche aber dagegen Emmrich über die Proceßkosten 1. Th. §. 40. Man sehe auch *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de expensis victoriae, praestito iureiurando, adiudicandis vel compensandis. §. 30. (in EIUS *Dissertat. academic.* Vol. II. pag. 806.)

Reinigungseid zu erkennen bewogen fand; nach Ableistung desselben aber sich findet, daß die ganze Klage bloß aus Schikane angestellet worden [87]).

b) Ist der Erfüllungseid geschworen worden, so ist zu unterscheiden.

1) Der obsiegende Theil hat durch den Eid eine solche Thatsache in Gewißheit gesetzt, welche in Ansehung seines Gegners eine fremde Handlung war. Hier werden die Proceßkosten billig compensirt. Denn der verlierende Theil war befugt, einen vollständigen Beweis zu erwarten, und brauchte sich dem Gesuche seines Gegners nicht eher zu fügen, als bis er von dessen Rechtmäßigkeit überzeugt wurde. Kann ihm daher mit Grund nicht vorgeworfen werden, daß er wissentlich die Wahrheit geläugnet, oder zu verdunkeln gesucht habe, so kann er wegen der Vermuthung einer nicht ungerechten Proceßführung, die er bey zweifelhaften Thatsachen, welche der Erfüllungseid seiner Natur nach voraussetzt, für sich hat, mit Recht auf die Compensation der Proceßkosten Anspruch machen [88]).

2) Die Sache, die durch den Erfüllungseid ausser Zweifel gesetzt worden ist, betrifft eine eigne Handlung des sachfälligen Theils. Z. B. Er läugnete eine ihm geschehene Zahlung, oder einen Contract, den er mit dem Kläger selbst geschlossen hat. Hier ist er billig in die Kosten zu ver-

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 6. und Emmrich a. a. O. §. 41.

88) S. Emmrich §. 39. S. 208.

verurtheilen, da er eine Sache bestritten hat, in deren Hinsicht er sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann [89]).

c) Hat derjenige, welchem ein nothwendiger Eid zu leisten aufgelegt war, sich geweigert, denselben abzuschwören, so ist die Verurtheilung in die sämmtlichen Proceßkosten eine ganz natürliche Folge [90]).

89) Weber über die Proceßkosten §. 12. S. 133. Not. 18.

90) Emmrich §. 41. a. E. und MALBLANC de iureiur. §. 110. pag. 482.

Lib. XII. Tit. III.

De in litem iurando.

§. 813.

Begriff und Natur des Würderungseides.

Zu den entscheidenden Haupteiden, welche der Richter in bürgerlichen Rechtssachen auferlegt, gehört auch der Würderungs- oder Schätzungseid, (*iuramentum in litem*) [91]). Er unterscheidet sich aber von den übrigen

91) Hiervon handeln vorzüglich *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de iureiurando in litem. (In *Collect. Disputat.* EIUS Vol. II. nr. 144.) *Io. Phil.* SLEVOGT Disput. de vera iurisiurandi in litem indole et natura. *Ienae 1707. Io. Laur.* DORN Diss. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. *Altorfii 1730. Io. Ulr.* CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Marburgi 1736.* EIUSDEM Diss. de iuramento in litem singularis interesse. *Ibid. 1741. Luc. vom* KAMPE Diss. de iuramento in litem. *Traj. ad Rhen. 1741. Ad. Ignat.* TURIN Progr. de iuramento in litem. *Erfordiae* 1775. adj. Diss. inaug. *Christoph.* GROENINGER de aestimatione quanti plurimi. *Ib. eod. Frid. Lud.* MEIER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Goetting. 1805. F. K. L.* DRUMMER Theorie des Würderungseides. *Bamberg* u. *Würzbueg 1806. 8. Franz. Lud.* WIRSCHINGER Versuch einer neuen Theorie über das iuramentum in Litem oder den Würderungseid. *Landshut 1806. 8.* und Joh. Bernh. Müller Versuch über den Schätzungseid. Jena u. Leipzig 1806. 8.

gen nothwendigen Eiden darin, daß er als eine Rechtswohlthat für den Kläger anzusehen ist, vermöge welcher derselbe in Ansehung eines ihm von dem Beklagten zugefügten Schadens den Beweis von dem Quantum des Ersatzes auf sein Verlangen durch seinen eignen Eid in einem solchen Falle führen kann, da dem Beklagten deshalb ein unerlaubter Vorsatz, oder ein grobes Versehen zur Last fällt [92]). Ueber die Natur dieses Eides sind die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Viele [93]) wollen ihn für nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides halten. Allein mit Recht widersprechen dieser Meinung andere [94]). Denn der Würderungseid vertritt ja die Stelle alles weitern Beweises, der Erfüllungseid aber setzt einen schon vorhandenen, wenn gleich mangelhaften, Beweis voraus, der durch den Eid ergänzt werden soll. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen nun zwar darin überein, daß der Würderungseid so gut, wie ein jeder anderer Haupteid, für ein Beweismittel

92) Das Wort *lis* hat hier eine solche Bedeutung, daß es nicht nur in dem gewöhnlichen Sinn den Gegenstand des Rechtsstreits, sondern auch das *id*, *quod intereſt*, umfaßt. Cujaz sagt in seinen Recitation. solemnib. in Cod. ad Tit. de in litem iur. *Litem* dicimus rem in iudicium deductam, vel id, quod intereſt. *Iusiurandum in litem* igitur est iusiurandum, quo aestima ur lis, id est, id quod intereſt, sive res, de qua agitur, quod idem est.

93) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 2 Abschn. 3. Kap. S. 128. nach der neuen Auflage von Jury. Magdeburg 1805. MALBLANC de iureiur. §. 73. pag. 280. sqq. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 94. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise §. 408. ff.

94) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

mittel zu halten sey. Allein ihre Ansichten sind dennoch ganz von einander abweichend, wenn es auf die Frage ankommt, worin das Eigenthümliche dieses Eides bestehe? Viele [95]), denen auch Hellfeld beystimmt, glauben dasselbe blos in dem Gegenstande, der dadurch beschworen wird, das ist, in dem Affectionswerthe, anzutreffen. Schon Anton Faber [96]) sagt: fieri non posse, ut unquam iuretur in litem, *quin iurantis adfectioni indulgeatur*. Nach dieser Vorstellung soll also der Schätzungseid im eigentlichen Sinn des röm. Rechts derjenige Eid seyn, wodurch der Kläger den ihm durch des Beklagten Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit zugefügten Schaden nach dem eigenthümlichen Werthe beschwört, den er der Sache aus einer besondern Vorliebe beylegt. Andere [97]) hingegen läugnen schlechterdings, daß der Kläger die Befugniß habe, durch diesen Eid den Werth der besondern Vorliebe zu beschwören, sie halten ihn vielmehr für ein ausserordentliches Mittel, vermöge welchen der Kläger durch einseitige Taxation des Schadens das Quantum des Streits, nach seinem besondern

95) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXIV. Th. 44. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 20. TURIN cit. Progr. de iuram. in litem. und Müller in dem angef. Versuch über den Schätzungseid §. 1.

96) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. et 13. und De errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 8.

97) *Guil.* MASIUS in Tract. de rei debitae aestimatione. *Lovanii 1653. 4.* P. II. Cap. 6. pag. 53. sqq. DORN Diss. cit. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. sqq. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuch einer neuen Theorie über das iuram. in litem. §. 53. ff.

sondern Intereſſe, in einem ſolchen Falle beweiſen kann, wo die Unmöglichkeit, das Schadensquantum auf die gewöhnliche Art auszumitteln, durch den Dolus oder eine culpa lata des Gegners herbeygeführt worden iſt. Faſt eben ſo iſt Webers [98]) Anſicht, nur daß dieſer richtiger dafür hält, daß durch dieſen Eid der Affectionspreiß keinesweges ausgeſchloſſen werde. Allerdings könne der Kläger nun auch bey dieſem Eide auf alles Rückſicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der beſondern Vorliebe, den gewiſſe Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf ſein perſönliches Intereſſe in ſeinem ganzen Umfange. Ganz von dieſen Vorſtellungsarten abweichend, und völlig neu iſt dagegen diejenige Anſicht, nach welcher der Würderungseid als ein iuramentum calumniae dargeſtellt wird. Die ſubjective Ueberzeugung des Klägers von der Größe des Werthes der herauszugebenden Sache, ſagt der ſcharfſinnige Urheber dieſer neuen Idee [99]), ſey das nächſte Object unſers Eides. Dieſer Eid wäre demnach gar nicht auf den wahren und wirklichen Werth der Sache, als ſein primitives und unmittelbares Object, gerichtet. Dies könnte nur dann der Fall ſeyn, wenn ein vom Richter zu entſcheidender Streit über die Größe des Preiſes obwaltete. Wenn nun jener Eid, deſſen primitives und unmittelbares Object Ueberzeugung des Schwörenden iſt, als Glaubenseid ausgeſprochen werden muß, ſo charakteriſire ſich der Eid der Würderung in Rückſicht ſeines Objects als eine

98) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Abſchn. IV. S. 344. ff.

99) DRUMMER Theorie des Würderungseides §. 23. ff.

Art des Glaubenseides. Hieraus folge von selbst, daß der Zweck dieses Eides nie Beweisen seyn könne. Denn da, wo der Richter einen Glaubenseid fordert, sey es ihm einzig darum zu thun, sich der bonae fidei einer Parthey in einer gerichtlichen Handlung zu versichern, und zwar vorzüglich alsdann, wenn er ihr die Ausübung eines Rechts zugestehen muß, in welcher die Gegenparthey gefährdet erscheint. Man erinnere sich nur der Eide, welche Justinian für das Beginnen eines Processes *L.* 2. *Cod. de iureiur. propt. calumniam dando* selbst sanctionirt hat. Nun sey aber die Ausübung des Würderungsrechts eine Handlung des Klägers, in welcher der Beklagte mehr, als irgend in einer andern, darin gefährdet ist, daß sein Gegner dieses Recht entweder blind, oder willkührlich, oder sogar mit Schikane auszuüben vermöge. Wenn nun jener Eid, dessen Grund oder Zweck Sicherung der Gegenparthey gegen die Gefährde einer möglichen Schikane ist, Calumnieneid genennet wird; so charakterisire sich der Eid der Würderung in Rücksicht seines Zwecks als eine Art der Calumnieneide. Das Eigene des Würderungseides gehe also aus folgendem Begriff hervor. *Würderungseid* ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe eines streitigen Objects, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadensersatz erhält, dass ihm unter der Bedingung der Ablegung eines eigenen Calumnieneides das Recht gestattet wird, seinen Verlust selbst zu würdern. Allein so gut auch diese Idee motivirt ist, so stehen ihr doch erhebliche Zweifel entgegen. Offenbar ist nicht Ueberzeugung des Klägers von der Grösse des angegebenen Werths des streitigen Gegenstandes

Object

Object des Eides; nein! indem der Kläger den Würderungseid schwört, verschaft er dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit des behaupteten Werths, den die zu schätzende Sache für ihn hat. Folglich ist dieser Eid vielmehr das den richterlichen Ausspruch bestimmende Beweismittel. Dies ergiebt sich auch daraus, weil die Gesetze [100]) sogar noch nach abgeschwornen Würderungseide einen Gegenbeweis zulassen. Sodann ist ja der Calumnieneid ein bloßer Nebeneid, der Würderungseid aber gehört zu den entscheidenden Haupteiden, wie aus der Ordnung des Titels, in welchem davon in den Pandecten gehandelt wird, und aus der Verbindung mit *L.* 1. *D. iureiur.* erhellet. Eine wesentliche Verschiedenheit beyder Eide aber besteht insonderheit darin, daß des erstern Leistung zu den Verbindlichkeiten, die des letztern hingegen zu den Rechten einer Parthey gehört. Um jedoch die Natur des Würderungseides näher kennen zu lernen, ist folgendes zu bemerken.

1) Der Schätzungseid ist ein Eid, auf welchen der Richter erkennen muß, wenn er Statt finden soll. Zwar hat dieser Eid das Eigene, daß sich der Kläger dazu erbieten, und hierdurch eine ihm obliegende Beweisführung bewerkstelligen kann. Allein ohne vorhergegangenes Erkenntniß des Richters darf die Ableistung desselben nie geschehen. Der Richter kann auch das Quantum moderiren, und ein gewisses Maximum bestimmen, bis auf welches geschworen werden soll. Denn es kommt zugleich auf das richterliche Ermessen an, ob und in wie fern dieser Eid geschworen werden soll, oder nicht. Der Richter kann daher

100) *L.* 4. §. 3. *L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* S. die Sammlung merkwürdiger am kais. Reichs-Kammergerichte entschiedener Rechtsfälle. 1. Th. (Lemgo 1789. 8.) 2. Rechtsfall §. 6. ff. S. 95. ff.

auch das Anerbieten des Klägers aus hinreichenden Gründen abschlagen; so wie denn auch durch Gegenbeweiß die Ableistung desselben nicht nur hintertrieben, sondern sogar wieder aufgehoben werden kann. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 4 §. 1. *D. h. t.* Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: caeterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum sit, nulla erit religio: nec ullum iusiurandum. Et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri et *D*ivi patris eius.

L. 4. §. 2. *D. eod.* Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.

L 4. §. 3. *D. eodem.* Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est? Et magis est, ut ex magna causa, et postea repertis probationibus possit.

L. 5. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim et a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere, vel minoris condemnare.

Diese Stellen werden in der Folge noch ihre Erläuterung erhalten.

2) Der Würderungseid setzt immer auf Seiten des Klägers eine erlittene Verletzung voraus, welche durch einen

nen dolus oder culpa lata des Beklagten verursacht worden ist. Er findet daher Statt,

a) wenn der Beklagte die ihm vom Richter auferlegte Restitution oder Herausgabe des streitigen Objects so hartnäckig verweigert, daß diese auch nicht durch Execution erzwungen werden kann. Die Gesetze verbinden damit den Fall einer aus Ungehorsam verweigerten Exhibition. Denn beyde lösen sich wegen der Identität ihrer Folgen in einen Begriff auf. Der Unterschied liegt blos darin, daß Restitution unmittelbare Herausgabe ist, die Exhibition hingegen blos mittelbar zur Rechtserlangung führt; ja zuweilen ist Exhibition im rechtlichen Sinn nichts anders, als Restitution der Sache selbst [1]). Dieser erste Fall macht ohne Zweifel die hauptsächlichste Voraussetzung des Würderungseides aus, aber bey weitem nicht die einzige, wie **Drummer** [2]), und schon vor ihm **Cujaz** [3]) und **Stryk** [4]) haben behaupten wollen. Es wird sich dies aus den folgenden Fällen näher ergeben, die sich gar nicht auf Ungehorsam beziehen, oder wenigstens sehr gezwungen, als Aeusserung des Ungehorsams, dargestellt werden. Für den ersten Fall verdienen hier folgende Gesetzstellen einen Platz.

L. 1. *D. h. t.* Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest *ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem:* non enim res pluris fit per hoc, sed *ex contumacia* aestimatur ultra rei pretium.

1) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 741.

2) Theorie des Würderungseides §. 10.

3) Recitation. solemn. in Cod. h. t.

4) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

L. 2. §. 1. *D. eodem.* Interdum quod interſit agentis, ſolum aeſtimatur, veluti cum culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur: *cum vero dolus aut contumacia*[5]) *non reſtituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

L. 8. *D. eodem.* Tutor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere ei non vult: Quaero, utrum, quanti res eſt, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet? Reſpondi, non eſt aequum, pretio (id eſt, quanti res eſt,) litem aeſtimari: *cum et contumacia punienda ſit;* et arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa.

L. 10. *D. eodem.* In inſtrumentis, *quae quis non exhibet,* actori permittitur *in litem iurare,* quanti ſua intereſt, ea proferri: ut tanti condemnetur reus.

L. 1. *Cod. eod.* Adverſus heredes tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis inſtrumenta ad puberem pertinentia reſtitui deſiderabis. *Quodſi dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit.*

L. 4. *C. eod.* Tutor inventarium caeteraque inſtrumenta ſi non proferat, in litem iusiurandum adverſus ſe poteſt admittere.

L. 18.

5) Dieſe Stelle ſcheint zwar den *dolus* von der *contumaeia* zu unterſcheiden. Allein daß dolus vom Ungehorſam nicht wohl zu trennen ſey, lehrt *L.* 199. *D. de div. reg. iuris.* Non poteſt dolo carere, ſagt daſelbſt Javolen, qui imperio magiſtratus non paruit. In den Baſiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 204. geſchieht blos des dolus Erwähnung, worunter alſo auch die contumacia begriffen wird. Es heißt daſelbſt: εἰ δὲ κατὰ δόλον, εἰς ὅσον ὀμόσει ὁ ἐναγων.

L. 18. *pr. D. de dolo malo.* Ideo autem et hic, et in metus cauſa actione certa quantitas non adiicitur, *ut poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit*: ſed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione iurisiurandum refrenari.

L. 3. §. 2. *D. ad exhibendum.* Praeterea in hac actione notandum eſt, quod *reus contumax* per in litem iusiurandum petitoris damnari poſſit ei, iudice quantitatem taxante.

b) Wenn ſich der Beſitzer die Reſtitution oder Exhibition der Sache in Natur durch Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit ſelbſt unmöglich gemacht hat. Ein ſolches doloſes deſinere poſſidere kann zwar auch einen Ungehorſam desjenigen zum Grunde haben, welchem die Herausgabe der Sache bereits vom Richter auferlegt war, wie aus *L.* 68. *D. de Rei vindicatione* erhellet, wo Ulpian ſagt: Qui *reſtituere iuſſus*, *iudici non paret*, contendens non poſſe reſtituere, ſi quidem habeat rem, *manu militari*, officio iudicis, ab eo poſſeſſio transfertur. Si vero non poteſt reſtituere: *ſi quidem dolo fecit, quominus poſſit*, is, *quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit*, damnandus eſt. Allein die Unmöglichkeit der Reſtitution der Sache in Natur konnte ſich auch ſchon vor entſtandenem Proceß ergeben haben. Hier würde es doch gewiß gegen allen Begriff eines Ungehorſams [6]) ſtreiten, wenn man das deſinere poſſidere auch für eine Aeuſſerung des Ungehorſams erklären wollte. Von dieſem Falle reden folgende Stellen.

6) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 252. und vergleiche damit des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 207. f.

L. 25. §. 10. *D. de heredit. petit.* Tam adverſus eum, *qui dolo fecit, quominus poſſideat*, quam adverſus poſſidentem, in litem iuratur.

L. 27. §. 3. *D. de rei vindicat.* Sed et is, *qui ante litem conteſtatam dolo deſiit rem poſſidere*, tenetur in rem actione: idque ex *Senatusconsulto* colligi poteſt, quo cautum eſt, *ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat.*

L. 5. §. 2. *D. ad exhib.* Idem *Iulianus* ſcribit, emtorem, qui ruta caeſa non reſtituit, *ad exhibendum* teneri, *in quantum in litem iuravero*; ſed ibi adiicit, ſi emtor poſſideat, *aut dolo fecit, quominus poſſideat.*

L. 16. §. 3. *D. de pignor. et hypoth.* Si *dolo* quidem *deſiit poſſidere*, ſumma antem ope niſus, non poſſit rem ipſam reſtituere: tanti condemnabitur, *quanti actor in litem iuraverit.*

Es erhellet hieraus, daß der Schätzungseid nicht nothwendig eine rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zur Reſtitution oder Exhibition der Sache in Natur vorausſetzt. Denn die Klage kann wegen der Unmöglichkeit der Reſtitution gleich anfangs auf Entſchädigung gerichtet ſeyn, und der Kläger ſich zum Würderungseide erbieten. Hier kann doch die Sentenz des Richters nicht auf Herausgabe der Sache gehen, die nicht mehr exiſtirt. Ich kann daher auch nicht in den Begriff einſtimmen, wenn man ſagt [7]), der Schätzungseid ſey im ächt römiſchen Sinn ein Eid, wodurch von der ſiegenden Parthey in einem Rechtsſtreite der Nachtheil geſchätzt wird, welcher ihr durch eine

aus

7) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Proceſſes §. 221.

aus Bosheit oder der größten Schuld der besiegten nicht erfüllte Verbindlichkeit erwächst.

c) Wenn ein rechtlich erwiesener, oder wenigstens dafür anzunehmender dolus des Beklagten den Abgang der ordentlichen Beweismittel, und dadurch eine Ungewißheit in facto veranlaßt hat. Z. B. ein Vormund läßt es an der Errichtung eines Inventariums fehlen, und setzt dadurch den Pupillen ausser Stand, sein Vermögen zu beweisen; oder der Gegner hat die Urkunden, welche gegen ihn zum Beweis hätten gebraucht werden sollen, arglistig auf die Seite geschaft [8]). Hier kann der Kläger den Gegenstand seines Rechts durch seinen Eid bestimmen. Auf eine contumacia läßt sich dieser Fall wohl nicht immer reduciren. Die Gesetze sagen auch dieses nicht. In der *L. 7. pr. D. de administrat. et peric. tutor.* heißt es: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *inventarium* appellatur, *dolo feciſſe videtur*: niſi forte aliqua neceſſaria et iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. *Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id, quod pupilli intereſt: quod ex iureiurando in litem aeſtimatur.*

d) Wenn sich der Beklagte, ob er wohl die in Anspruch genommene Sache weder besitzt, noch jemals besessen hat, dennoch boshaft in den Rechtsstreit einläßt, so kann er verurtheilt werden, nicht anders, als ob er wirklich Besitzer wäre, und der Kläger kann sein Interesse eid-

lich

8) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 346.

lich bestimmen. Es sind bekannte Regeln, welche uns Ulpian [9]) giebt: *dolo facere eum, qui se offert petitioni*, und *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* In Gemäßheit derselben sagt nun Celsus [10]): Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, *condemnatur*: nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus; et, qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Ferner Ulpian [11]): Is, *qui se obtulit rei defensioni sine causa*, cum non possideret, nec dolo feciset, quominus possideret, si actor ignoret, *non est absolvendus.* Nicht minder Paulus [12]): Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, *se possidere, et ideo liti se obtulerit, — omnimodo condemnandus est.* Daß diese *condemnatio* auf eine Leistung das Interesse nach dem eidlichen Anschlage des Klägers gehe, leidet darum keinen Zweifel, weil der Schätzungseid auch bey Realklagen die gewöhnliche Strafe des Dolus ist [13]). *In actionibus in rem*, et in ad exhibendum *in litem iuratur*, sagt Marcian *L. 5. pr. D. h. t.* Wie läßt sich dieser *dolus* aus einem Ungehorsam erklären?

e) Auch

9) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

10) *L. 45. D. eodem.*

11) *L. 25. D. de rei vindicat.*

12) *L. 27. pr. D. eodem.*

13) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 205. und Gönners Handbuch des gemeinen Processes 1. Band Nr. XVI. §. 6.

e) Auch der durch eine heimliche oder gewaltthätige Handlung gestörte Besitzstand, giebt dem Würderungseide Raum, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 15. §. 7. *et* 9. *D. Quod vi aut clam* sagt: Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset. — *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.* Hier ist zwar von einer Wiederherstellung des vorigen Zustandes, allein auch nicht entfernt von einem Ungehorsam des Gegners in Herausgabe einer streitigen Sache die Rede; und doch findet der Schätzungseid Statt.

Endlich und überhaupt,

f) wenn die Verletzung des Klägers durch irgend eine unerlaubte Handlung geschahe, wobey dem Beklagten eine Arglist oder grobe Nachläßigkeit zur Last fällt, wenn es auch nur ein dolus praeteritus ist [14]).

L. 1. §. 25. *et* 26. *D. Depositi.* Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: *quia semel dolo fecisti, cum venderes. In depositi quoque actione in litem iuratur.*

L. 9. *D. h. t.* Cum furti agitur, iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit, non adiici, eo, plurisve, quia, quod res pluris est, utique tanti est.

L. 9.

14) S. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

L. 9. §. 1. *D. ad exhibendum.* Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? POMPONIUS scribit, *competere actionem ad exhibendum si dolo pecus immisi, vt glandem comederet.* Et placet nobis POMPONII sententia.

L. 5. *D. h. t.* In *omnibus* in rem, et in *ad exhibendum*, et in *bonae fidei iudiciis* in litem iuratur.

Diejenigen, welche nur einzig den Ungehorsam des Beklagten in der Restitution, als positiven Grund des Würderungseides, annehmen, setzen uns zwar die *L.* 18. *pr. D. de dolo* entgegen, wo Paulus sagt: Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et, *nisi fiat restitutio*, sequitur condemnatio, quanti ea res est. Ideo autem et hic, et in metus causa actione, certa quantitas non adiicitur, *ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit.* Man argumentirt hieraus auf folgende Art. Wird selbst bey der actio doli nicht anders, als im Falle eines eingetretenen Ungehorsams, die Würderung dem Kläger gestattet; so kann wohl Argliſt allein, oder die derselben gleichgeachtete culpa lata, an sich kein Würderungsrecht begründen. Dieser Fall müsse für alle sprechen [15]). Ich verkenne den Scharfsinn dieses Arguments nicht, glaube aber doch nicht, daß es der Meinung des Thibaut, welche ich hier zu der meinigen mache, zuwider sey. Denn man darf nicht vergessen, daß die actio doli eine actio arbitraria ist, bey welcher der Beklagte aller weitern Con-

15) S. DRUMMERS Theorie des Würderungseides §. 11. S. 17. ff.

Condemnation dadurch entgehen konnte, wenn er der vorläufigen Sentenz des Richters, welche ihm die Entschädigung des Klägers auflegte, gutwillige Folge leistete. Geschahe dieses nicht, so konnte nachher der Kläger durch seinen Eid bestimmen, auf welche Art nun der Beklagte zu verurtheilen sey. So war freylich der Würderungseid auch bey der actio doli eine Strafe des Ungehorsams, und man hat gar nicht nöthig, mit Anton Faber [16]) diese Stelle für unächt und interpolirt zu halten, wie auch schon Bachov [17]), Meier [18]) und Dompierre [19]) aus Gründen gezeigt haben, welche die Aechtheit derselben ausser Zweifel setzen. Allein deswegen denke man nicht, als ob blos Ungehorsam des Beklagten bey der actio doli ein Würderungsrecht gebe. Denn es giebt ja Fälle, wo das arbitrium iudicis wegfällt, weil keine Restitution möglich ist. Hier kann sogleich die Condemnation geschehen, und es ist unbegreiflich, warum hier der Kläger nicht eben so gut befugt seyn sollte, seinen Schaden gegen den Betrüger selbst zu würdern. Paulus lehrt dieses selbst nicht undeutlich, wenn er *L.* 18. §. 1. *D. de dolo malo* sagt: Non tamen semper in hoc iudicio *arbitrio* [20]) *iudicis dandum est*

16) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.

17) Tract. de Actionib. Disputat. VII. Th. 15. et adv. *Fabrum* Decad. XCII. Error. 4.

18) Ενδοξῶν Iustinianeor. Decad. II. Cap. 5.

19) Specim. de Restitutionib. in integrum Tit. III. §. 36. pag. 188.

20) So lieset die Florentine. Haloander, und Baudoza lesen richtiger *arbitrium*. Hiermit stimmt auch unser *Cod. Pand. Erlang.* überein.

eſt [21]): quid enim ſi manifeſtum ſit, *reſtitui non poſſe?* veluti ſi ſervus dolo malo traditus defunctus ſit, *ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interſit actoris* [22]). Noch ein anderes Beyſpiel führt er §. 4. an: Dolo cuius [23]) effectum eſt, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: TREBATIUS ait, *de dolo* dandum iudicium, *non ut arbitrio iudicis res reſtituatur*, ſed ut tantum actor conſequatur, *quanti eius interfuerit, id non eſſe factum*; ne aliter obſervantibus lex circumſcribatur. Es iſt hier von dem Dolus eines Dritten die Rede, welcher von dem Gegner desjenigen, dem die verjährte Klage zuſtand, verſchieden iſt, wie auch ſchon die Gloſſe ganz richtig bemerkt hat. Die in dieſem Falle geſtattete actio doli geht nicht auf Reſtitution der erloſchenen Klage, ſondern auf Leiſtung des Intereſſe nach der eidlichen Würderung des Klägers [24]). Da hier der Beklagte weder als Beſitzer, noch als ein ſolcher behandelt werden kann, welcher auf eine doloſe Art zu beſitzen aufgehört hat, ſo leuchtet in die

21) Statt *dandum* will *Th.* MARCILIUS ad §. 32. I. de Act. *ſtandum* leſen. Allein dieſe Aenderung entſtellt offenbar den Sinn, welcher dahin geht, daß bey der actio doli nicht immer ein arbitrium iudicis nöthig ſey. S. MEIER Ενδοξων cit. loc. §. 10.

22) Daß auch hier das iuramentum in litem Statt finde, behaupten BACHOVIUS de Actionib. c. I. Th. 15. in fin. pag. 73. und FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. nr. 27.

23) *Cuius* iſt hier ſoviel als *alicuius*. In den Baſiliken iſt τινος gebraucht. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. pag. 25.

24) S. DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Reſtitutionib. in integrum Tit. 3. §. 18. pag. 159. ſq.

die Augen, daß hier das Würderungsrecht des Klägers nicht durch Ungehorsam in der Restitution begründet werde. Aus dem allen ergiebt sich,

3) daß der Würderungseid, als bloßer modus, das Interesse des Klägers auszumitteln, überall Statt findet, wo das Würderungsrecht begründet ist, es mag von einer Restitution, oder Exhibition, oder Tradition, oder von irgend einer Entschädigung des Klägers die Rede seyn, sofern das Entschädigungs-Quantum nur durch diesen Eid fixirt werden kann [25]); die Klage, welche dem Beschädigten zusteht, sey ein actio in rem [26]) oder in personam, eine actio bonae fidei [27], oder stricti iuris [28]), eine petito-

25) S. WIRSCHINGERS Versuch einer neuen Th. über das iuram. in litem §. 77. ff.

26) *L. 68. D. de Rei vindic.* — Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. Das iuramentum in litem findet namentlich Statt, bey der hereditatis petitio. *L. 25. §. 10. D. de hereditat. petit.* bey der rei vindicatio. *L. 46. L. 68. D. de rei vindicat.* bey der actio confessoria und negatoria. *L. 7. D. Si servitus vindicet.* und bey der actio hypothecaria. *L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. L. 21. §. 3. D. eodem.* Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 15. und de Errorib. Pragmat. Decad XCII. Err. 10. welcher die *L. 16. cit.* für interpolirt hält. Allein man sehe *Reinh.* BACHOVII Tract. de Actionib. Diff. VII. Th. 16. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 290.

27) *L. 5. pr. D. h. t.*

28) *L. 5. §. 4. et L. 6. D. eodem. L. 60. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* S. *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. I. cap. 12. (Tom. I.

titorische oder possessorische [29]) Klage; sie mag aus einem Contract [30]) oder Delict [31]) entspringen. Jedoch sind nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden. Viele [32]) wollen den Würderungseid nur bey der Restitution, nicht aber bey der Tradition zulassen. Sie läugnen daher, daß er bey der Klage aus dem Kaufcontract (actio emti) Statt finde, wenn der Verkäufer sich durch Argliſt oder grobe Fahrläßigkeit außer Stand gesetzt hat, die Sache dem Käufer zu übergeben. Denn der Würderungseid setze immer voraus,

Thes. Otton. pag. 710.) und *Christ.* THOMASII Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701.* Cap. III. §. 24—27.

29) *L. 68. D. de Rei vindicat. L. 15. §. 7. et 9. D. Quod vi aut clam. L. 3. §. 11. D. Uti possidet. L. 8. §. 4. D. de precario.*

30) Namentlich bey der actio commodati. *L. 3. §. 2. D. Commodati.* Actio depositi. *L. 1. §. 26. D. depositi.* Actio locati. *L. 48. §. 1. D. locati.* Actio tutelae. *L. 7. pr. D. de administr. et peric. tutor.*

31) *L. 9. D. h. t. L. 8. §. 1. D. Rerum amotar.*

32) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVII. Err. 9. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 291. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 64. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. de in litem iur. §. 23. sqq. *Operum* pag. 220. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XI. §. 18. *Io. Frid.* EISENHART Diss. de iuramento in litem affectionis in emtione venditione cessante. (in *Opuscul. Halae 1771.* edit. nr. V.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4534. et not. h. Müller im Versuch über den Schätzungseid §. 6. u. a. m.

voraus, daß Jemand eine Verletzung in Hinsicht auf sein schon wirklich erworbenes Vermögen erlitten habe. Nun aber habe die actio emti eine Sache zum Gegenstande, welche der Kläger vor der Uebergabe noch nicht zu dem rechtlich Seinen zählen kann. Zwar könne der Käufer bey nicht erfolgter Uebergabe auf das Interesse klagen [33]), allein dies sey von demjenigen ganz verschieden, welches der Kläger durch den Würderungseid erhält. Man sieht aus dem allen, daß man hier von dem Grundsatz ausgeht, der eigentliche Würderungseid sey ein Affectionseid. Allein kann gleich durch den Schätzungseid auch der Affectionswerth beschworen werden, so ist es doch eine sehr unbefriedigende Vorstellung, wenn man die wesentliche Eigenthümlichkeit dieses Eides blos darin setzen will, da derselbe vielmehr überhaupt das Mittel seyn soll, das singuläre Interesse des Klägers auszumitteln, und zur Gewißheit zu bringen. Nun wird nicht nur *L.* 5. *pr. D. b. t.* überhaupt die Regel gegeben, daß der Würderungseid in bonae fidei iudiciis Statt habe; sondern die Gesetze räumen auch insonderheit dem Käufer das Recht ein, sein singuläres Interesse, sogar *ultra rei pretium*, zu würdern, wenn ihm die Sache nicht tradirt wird. **Ulpian** sagt *L.* 1. *pr. D. de actionib. emti venditi.* Si res vendita non tradatur, in id, *quod interest*, agitur: hoc est, quod rem habere interest emtoris. *Hoc autem interdum pretium egreditur*, si pluris interest, quam res valet, vel emta est; und *L.* 21. §. 3. *D. eodem* sagt **Paulus**: Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, *omnis utilitas emtoris* in aestimationem venit, quae modo circa ipsam

33) *L. 4. et 10. Cod. de act. emti vend.*

rem consistit. Mit Recht wird daher von andern [34]) der Würderungseid auch bey der Klage aus dem Kaufcontract zugelassen.

Man streitet ferner darüber, ob dieser Eid bey der actio Legis Aquiliae Statt finde? Mehrere [35]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage sey, welche auf Erstattung des höchsten Werths gehe, den die beschädigte Sache in dem letztern Jahre oder in den letztern dreyßig Tagen gehabt hat. Da nun auch der Würderungseid eine Strafe des Dolus sey, so würde der Beklagte unbilliger Weise wegen des nämlichen Vergehens eine doppelte Strafe leiden. Ueberdem sage Paulus *L.* 33. *pr. D. ad Legem Aquil.* ausdrücklich, daß bey der Klage des Aquilischen Gesetzes der Schade nur nach dem gemeinen, und nicht nach dem Affections-

34) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. *a*. WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 347. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Meditat. CXLVI. Cor. 2. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Cap. III. §. 21—23. *Io. Aug.* DONNDORFF Commentat. de iureiurando in litem affectionis in emtione venditione non cessante. *Quedlimburgi* 1776. WALCH Introd. in controv. iur. civ. p. 600. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praest. §. 65. not. 23. p. 414. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. not. g. WIRSCHINGERS angef. Versuch §. 78. u. f. m.

35) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 5. in fin. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis in res fungib. non cad. Cap. III. §. 28—30. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis §. 45 et 46. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. p. 324. *Henr. Lud. Car.* EULER Diss. sistens observationes quasdam de eo, quod interest. praes. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tüb. 1801.* §. 20.

fectionswerthe geschätzt werde [36]). Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, um das iuramentum in litem bey der actio Legis Aquiliae gänzlich auszuschliessen. Denn daß sich Erstens der Würderungseid mit der Pönalqualität einer Klage wohl vertrage, beweißt die actio furti [37]), doli und quod metus causa [38]) bey welchen dieser Eid Statt findet. Ueberdem fällt die Pönalqualität bey der actio L. A. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ohnehin weg [39]). Sodann braucht ja nicht gerade der Werth der Vorliebe durch den Würderungseid beschworen zu werden. Nun geht die actio Legis Aquiliae nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache, sondern auch auf alles übrige Interesse, und insonderheit auch auf den entgangenen Gewinn [40]).

36) S. den 10. Theil dieses Commentars §. 702. S. 344.

37) *L.* 9. *D. h. t.* Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar diese Stelle von der condictione furtiva verstehen. So BALDUINUS in Iurisprud. Mutiana pag. 285. *Iac.* LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. III. §. 1. in WIELING Iurisprud. restituta T. II. pag. 71. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 615. und *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris cap. 1. Allein man sehe *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticar. Dec. XVII. Err. 5. und *van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 265. sq.

38) *L.* 18. *pr. D. de dolo malo.*

39) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 705.

40) *L.* 21. §. 2. *L.* 22. *L.* 23. *pr. D. ad Leg. Aquil.* §. 10. *I. eodem.* Mit mir stimmt auch WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi §. 65. not. 23. pag. 414.

Fast alle [41]) sagen endlich, daß das iuramentum in litem auch nicht Statt habe bey den actionibus contrariis. Diese Meinung scheint auch an der *L.* 5. *pr. D. Depositi* eine vorzügliche Stütze zu haben. Denn da heißt es ausdrücklich: Ei, apud quem depositum esse dicetur, *contrarium iudicium depositi* datur: *in quo iudicio merito in litem non iuratur*; non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit. Hier wird also gesagt, daß bey der actio depositi contraria der Würderungseid darum nicht Statt finde, weil es hier nicht so, wie bey der actio depositi directa, einer gebrochenen Treue gelte, sondern blos von einer Entschädigung die Rede sey. Aus diesem Grunde sage auch Ulpian *L.* 6. §. *ult. D. de bis, qui not. infam.* Contrario iudicio damnatus non erit infamis. Nec immerito: *nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.* Allein immerhin mag hier der Fall des eintretenden Würderungseides seltner seyn, als bey den directen Contractsklagen; daß er deswegen bey den conträren Klagen ganz auszuschliessen sey, sagen dennoch die angeführten Gesetze nicht. Wie wenn das Entschädigungs-Quantum nicht anders, als durch den Eid des Klägers ausgemittelt werden könnte? oder wenn auch hier der ungewöhnliche Fall der gebrochenen Treue eintreten sollte? Man denke sich doch nur einmal den Fall, von welchem Ulpian *L.* 22. §. 3. *D. de pignerat. act.* spricht. Si post distra-

41) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 64. MÜLLER ad *Eundem* not. β. BORCHOLT Tr. de in litem iurando §. 20. Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 6. S. 45. u. a. m.

distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur. Nun stelle man sich den Fall vor, der Schuldner verweigere hartnäckig die Herausgabe des Pfandes, oder durch eine dolose Handlung sey ihm dieselbe unmöglich geworden; warum sollte hier nicht der Würderungseid Statt haben? Daß auch bey der actio contraria die gebrochene Treue, so gut, wie bey der directa die Infamie zur Folge haben könne, lehrt **Ulpian**, wenn er *L.* 6. §. 5. *D. de bis, qui not. infam.* sagt: Mandati condemnatus: verbis Edicti notatur, non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat: utputa, fideiussi pro te, et solvi, mandati te si condemnavero, famosum facio. Mit mir stimmen auch mehrere sowohl theoretische als practische Rechtsgelehrten [42]) überein.

4) Durch den Würderungseid bestimmt der Kläger den Gegenstand seines Rechts nach seinem Interesse; und zwar wollen die Gesetze die ihm zu leistende Entschädigung durchaus so regulirt wissen, daß er in jenem Zustande erscheine, in welchem er sich befände, wenn er die Verletzung nicht erlitten hätte. Ganz in diesem Geiste spricht **Ulpian** die Nothwendigkeit des Würderungseides beym Interdicto *Quod vi aut clam* aus, wenn er sagt: Officio autem

42) WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 354. et 375. CARPZOV P. I. Const. 23. nr. 12. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de iuramento in litem. *Erfordiae 1724.* §. 18. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praest. §. 65. pag. 415. not. 31. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuche §. 79.

autem iudicis ita oportere fieri reſtitutionem, iudicandum eſt, *ut in omni cauſa eadem ſit conditio actoris, quae futura eſſet, ſi id opus, de quo actum eſt, neque vi neque clam factum eſſet*; und **Papinian** lehrt noch insonderheit, worauf man zu ſehen habe, um dem Kläger wegen des erlittenen Dolus ſeines Gegners die volleſte Befriedigung zu verſchaffen, wenn er in der energiſchen Stelle *L.* 78. *D. de reg. iur.* ſagt: Generaliter, cum *de fraude* disputatur, non, *quid habeat actor*, ſed, *quid per adverſarium habere non potuerit*, conſiderandum eſt. Es entſteht nun alſo hierbey die eben ſo ſchwierige als beſtrittene Frage, nach welchem Maasſtabe die Entſchädigung des Klägers durch den Würderungseid auszumitteln ſey? Darf bey der Schätzung des ſtreitigen Objects nur der gemeine Maasſtab des Marktpreiſes, oder der des ſingulären Intereſſe, oder gar der Affection angelegt werden? Es iſt nöthig, im Allgemeinen Folgendes vorausgehen zu laſſen. Wenn von der Beſtimmung des Werthes eines gewiſſen Objects die Rede iſt, ſo muß dabey immer auf ein Bedürfniß für daſſelbe Rückſicht genommen werden, welches den letzten Grund des Werthes ausmacht. Dieſes Bedürfniß kann aber von doppelter Art ſeyn. Es offenbart ſich nämlich entweder als Bedürfniß der Seele, durch Affection zum geliebten Gegenſtande; oder es iſt Bedürfniß des Körpers durch Brauchbarkeit des Objects. Wird der Werth nach dem Bedürfniß der Seele durch Affection beſtimmt, oder wie **Javolen** ſagt *L.* 36. *in fin. D. de bonis libertor.* ſi res *animo* potius et *affectu*, quam aliorum computatione aeſtimatur; ſo nennt man dieſen Preis den Affectionswerth. Wird hingegen der Werth eines Objects durch die Brauchbarkeit deſſelben beſtimmt, ſo iſt es ein Tauſchwerth.

werth. Dieser letztere läßt sich wieder nach zwey verschiedenen Maasstäben bestimmen. Man betrachtet nämlich den Werth eines Objects entweder an sich, ohne auf die individuellen Verhältnisse eines Subjects Rücksicht zu nehmen; oder der Werth eines Objects wird gerade nur an dem individuellen Bedürfniß eines Subjects gemessen. In dem ersten Falle ist der Preis, der blos nach dem gemeinen Bedürfniß für das Object bestimmt wird, nur ein gemeiner oder Marktpreis. Man nennt diesen Werth auch das *Interesse commune*, weil er, als Aequivalent, an und für sich jedem, statt des Objects, gelten kann [43]). Im zweyten Falle wird der Preis, der nach den individuellen Bedürfnissen eines Subjects bestimmt wird, das *Interesse singulare*, oder in der Sprache der Gesetze das *Interesse* im eigentlichen Sinn genennt. Denn fast immer wird in den Gesetzen [44]) die aestimatio rei, welche durch die Formel: *quanti ea res est* angedeutet wird, dem *id, quod interest* entgegengesetzt, und unter dem letztern das *Interesse singulare*, oder der Werth verstanden, den eine Sache nach den besondern Verhältnissen eines Individuums,

43) *L. 3. §. ult. D. Uti possidetis* sagt: In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, *quanti uniuscuiusque interest.* Und *L. 68. D. de Rei vind.* heißt es: non pluris, quam res est, id est, *quanti adversarii interfuit.*

44) *L. 1. §. 20. D. de tut. et rationib. distrab. L. 11. §. 18. D. de act. emti vend. L. 21. §. 2. L. 22. D. ad Leg. Aquil. L. 193. D. de Verb. Signif.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 332.

und folglich nach den individuellen Bedürfnissen desselben hat. So gewiß es ist, daß die angegebenen drey verschiedenen Maasstäbe der Schätzung, nämlich Affection, gemeines Bedürfniß, und besonderes Interesse in den Gesetzen genau unterschieden werden[45]); so streitig ist es, ob sie auch alle drey bey dem Würderungseide zuläßig sind. Darüber sind alle einig, daß der Verletzte sein singuläres Interesse beschwören könne. Denn nach der *L.* 1. *D. h. t.* soll es dem Kläger erlaubt seyn, den streitigen Gegenstand *ultra rei pretium* zu schätzen; und **Marcellus** unterscheidet *L.* 8. *D. eodem* genau zwischen dem gemeinen Werth, quanti res est, und dem Werth, den er Verletzte nach seinem individuellen Interesse bestimmen kann, (pretium arbitrio domini statuendum, potestate petitori in litem iurandi concessa.) Nicht minder deuten die Worte des **Callistratus** *L.* 10. *D. eodem* actori permittitur in litem iurare, *quanti sua interest*, auf ein singuläres Interesse des Klägers; und bey dem Interdicto *quod vi aut clam*, bey welchem namentlich der Würderungseid gestattet wird[46]), sagt **Ulpian** *L.* 15. §. 7. *D. Quod vi aut clam*: Hoc interdicto tanti lis aestimatur, *quanti actoris interest*, id opus factum esse. Nur in einigen wenigen Fällen wollen die Gesetze, daß der Werth der Sache an sich, und also der Marktpreis zum Regulativ des Schätzungseides dienen soll. Dies war nämlich der Fall

1) bey

45) *L.* 33. *D. ad Leg. Aquil.* sagt: Pretia rerum non ex *affectione* — nec *utilitate singulorum* — sed *communiter* fungi. Eben so sagt *L.* 63. pr. *D. ad Leg. Falcid.*

46) *L.* 15. §. 9. *D. Quod vi aut clam.*

1) bey den Klagen des ſtrengen Rechts. Marcian ſagt *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Plane interdum et *in actione ſtricti iudicii* in litem iurandum eſt; veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, et Stichus deceſſerit: *quia iudex aeſtimare, ſine relatione iurisiurandi* [47]), *non poteſt rem, quae non extat.* Hier erlaubte es die Natur der Klage nicht, das volle Intereſſe des Klägers als Maasſtab der Würderung zuzulaſſen [48]. Nur die Sache an ſich durfte geſchätzt werden, wenn nicht das Intereſſe auf den Fall der Nichterfüllung des Verſprechens in der Formel des Contracts ausdrücklich ausbedungen war. Denn die mora des Promittenten hatte hier keine andere Wirkung, als die der Perpetuirung der Verbindlichkeit [49]). Auch ſollte hier der Würderungseid nur dann zugelaſſen werden, wenn ohne denſelben der Richter die Sache zu ſchätzen nicht im Stande war. Uebrigens beweißt dieſe Stelle zugleich, was ich oben bemerkt habe, daß der Würderungseid nicht bloß bey der Reſtitution, ſondern auch bey der Tradition Statt hatte. Der Maasſtab des ſingulären Intereſſe fiel

2) auch bey denjenigen Klagen weg, in welchen der Römer das Mehrfache (duplum, quadruplum) als Aequi-

47) i. e. ſine delatione. Die Worte *deferre*, und *referre iusiurandum* werden öfters verwechſelt. Beyſpiele liefern *L.* 24. *D. de iureiur.* *L.* 12. *D. rer. amotar.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292.

48) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. und beſonders DRUMMER in der angef. Theorie des Würderungseides §. 16.

49) *L.* 23. *D. de Verb. obligat.* *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. 8.

Aequivalent des zu ersetzenden Schadens statuirte. Denn bey diesen ersetzte schon das Mehrfache des reellen Preises den Preis des Interesse vollkommen. Javolen wendet diesen Grundsatz bey der actio furti an, wenn er *L.* 9. *D. h. t.* sagt: Cum *furti* agitur, iurare ita oportet, *tanti rem fuisse*, cum furtum factum sit. Daß hier blos von dem reellen Preis, den die gestohlne Sache an sich selbst hat, die Rede sey, ohne alle Rücksicht auf das individuelle Interesse des Bestohlnen, beweißt nicht nur der Zusammenhang, wenn man damit die unmittelbar vorhergehende *L.* 8. *h. t.* verbindet; sondern es giebt auch Ulpian hierüber den vollkommensten Aufschluß, wenn er *L.* 50. *pr. D. de furtis* sagt: In furti actione non, *quod interest*, quadruplabitur, vel duplabitur: sed *rei verum pretium.* Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur: nihilominus condemnatio facienda est. Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit: eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse, verius est. Alles dieses sind indessen nur Ausnahmen von der Regel, welche im Würderungseide den Maasstab des singulären Interesse fordert, und wenn gleich bey uns die Gründe für jene Ausnahmen hinwegfallen [50]), so liefern sie uns doch immer noch einen bündigen Beweis gegen die irrige Ansicht derer, welche den Würderungseid für einen bloßen Affectionseid halten

50) Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. Allein man sehe EMMINGHAUS ad *Eundem* Tom. II. pag. 177. und DRUMMER in der angeführten Theorie §. 16.

ten wollen. Es ist nun aber überhaupt noch die Frage, ob auch der Affectionswerth von dem Kläger, welcher in litem schwört, in die Würderung aufgenommen werden dürfe? Viele [51]) wollen dieses gänzlich läugnen. Sie sagen, ausdrücklich sey es auch nicht in einem Gesetz bestimmt, daß der Kläger seine Affection würdern dürfe; vielmehr stehe allenthalben klar geschrieben, *ut iuret actor, quod sua interfuit*[52]). Es lasse sich auch aus keinem sichern Princip die Zulässigkeit des Maasstabes der Affection erweisen. Denn wollte man von dem allgemeinen Grundsatz ausgehen: die Würderung tendire dahin, das Aequivalent eines zu ersetzenden Schadens abzuwiegen; so müßte man auch für das Würderungsrecht das allgemeine Princip des Römers gelten lassen: im Schadensersatze darf von Affection nie die Sprache seyn. Paulus lehre dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* sagt: Si servum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto,* (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles,) *sed quanti omnibus valeret.* — Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. *In Lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogi-*

51) Man vergleiche hier besonders *Io. Laur.* DORN Diss. de iureiur. in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. sqq. und DRUMMER in der angef. Theorie. §. 14.

52) *L.* 2. 5. *et* 10. *D. h. t.* — *L.* 68. *D. de rei vindic.* — *L.* 7. *pr. D. de administr. et peric. tutor.*

cogimur. Legt man aber auch das dem Würderungseide eigene Princip zum Grunde, welches derselbe Paulus *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* in den Worten darstellt: Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere; so erscheine jetzt der Kläger in der Qualität eines freyen Verkäufers. So wenig nun aber ein Verkäufer nach seiner Affection den Preis seiner Waaren bestimmen könne, eben so wenig könne im Würderungseide Affection als Maasstab gebraucht werden. Hierzu komme, daß nach der Meinung der Gesetze der Richter dem Kläger eine bestimmte Größe des Werthes vorlegen könne, innerhalb welcher der Kläger erst würdern dürfe. Sed iudex, sagt Marcian *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* potest praefinire *certam summam*, usque ad quam iuretur; und Paulus stellt *L.* 18. *pr. D. de dolo* den Grundsatz auf: Officio iudicis debet *taxattione* iusiurandum refrenari. Nun sey Affection, an welcher doch diese Summe präfinirt werden müsse, etwas absolut Subjectives, und folglich von der Natur, daß sie sich in Rücksicht desselben Objects bey verschiedenen Subjecten in verschiedene Grenzen, ja sogar ins Unendliche erstrecken kann. Wie und wornach könnte nun da der Richter seine Fundamentalgröße berichtigen? Um aber vollends zu beweisen, daß der Affectionswerth in den römischen Gesetzen schlechterdings verworfen werde, beruft man sich auf folgende Gesetzstellen:

L. 1. §. 15. *D. Si quid in fraudem patroni.* Et alias videamus, si dicat patronus, rem quidem iusto pretio venisse, verumtamen hoc interesse sua, non esse venundatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus *affectionem* vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic edu-

educatus ſit, vel parentes ſepulti, an debeat audiri, volens revocare? *Sed nullo pacto erit audiendus, fraus enim in damno conſiſtit pecuniario.*

L. 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* Pretia rerum *non ex affectu*, ſed communiter funguntur.

L. 36. *D. de bonis libertor.* wo Javolen ea, quae *affectione* aeſtimanda ſunt, denjenigen entgegenſetzt, quae *pretio* ſunt aeſtimanda.

Allein ſo ſcharf dieſe Gründe durchdacht zu ſeyn ſcheinen, ſo laſſen ſie doch noch manchen erheblichen Zweifel übrig, der dadurch nicht gelößt wird. Denn Erſtens leuchtet jedem Unbefangenen in die Augen, daß in allen dieſen Stellen kein Verbot enthalten ſey, den Affectionswerth bey Beſtimmung des Entſchädigungs-Quantums zu berückſichtigen. Die actio Legis Aquiliae verſtattete freylich, als eine Pönalklage, nicht, daß der Kläger ſeine Affection würdern durfte, weil er ſchon ohnehin den höchſten Preis erhielt, welchen der getödete Sklave in dem letzten Jahre hatte, und noch überdem das Intereſſe extra rem in Anſchlag bringen konnte. Denn man ſetze, der getödete Sklave wäre der Hauptſänger bey einem Corps von Muſikern geweſen, welches nun dadurch am Werth verlohren hätte, wie *L.* 23. *D. ad L. Aquil.* unter andern dieſes Beyſpiel giebt. Eben ſo zweckte die actio Faviana ſowohl als die Calviſiana, worauf ſich die *L.* 1. §. 15. *D. Si quid in fraud. patr.* bezieht, nur dahin ab, daß der Patron den ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlaſſenſchaft ſeines Freygelaſſenen erhalte. Man ſahe alſo hier nicht auf Affection gegen das Individuum, ſondern blos auf den gemeinen Werth deſſelben, wenn ſich der Patron über eine

ihm

ihm zum Nachtheil geschehene Veräusserung beschwerte. Konnte nun der Patron selbst nicht läugnen, die Veräusserung sey pro iusto pretio geschehen, so konnte man nicht sagen, das Vermögen seines Freygelassenen sey dadurch zu seinem Nachtheil vermindert worden; folglich konnte dem Patron seine Affection zur veräusserten Sache kein Recht geben, die Veräusserung anzufechten. Immerhin aber mochte den präterirten Patron nach der angeführten *L.* 36. *D. de bonis libertor.* seine Affection bestimmen, die bonorum possessio contra tabulas zu suchen, wenn schon die Erbschaft seines Freygelassenen sehr verschuldet war; weil sich im Nachlaß desselben ein Grundstück befand, welches die ihm werthen Gräber seiner geliebten Ahnen in sich faßt. *Non enim ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius, quam aliorum computatione bona liberti aestimat.* Dahingegen verstand sich's von selbst, daß bey der Berechnung und Ausmittelung der Falcidischen Quarte, von welcher in der *L.* 62. und 63. *D. ad L. Falcid.* die Rede ist, die vorhandenen Erbschaftssachen nicht nach der Affection des Erblassers, sondern nach demjenigen wahren Werthe taxirt werden müssen, den sie zur Zeit seines Todes haben [53]). Daraus folgt nun aber überall nicht, daß der Verletzte sein Würderungsrecht nicht auf den Affectionswerth erstrecken dürfe. Das Gegentheil ist nicht schwer zu erweisen. Denn der Römer geht hier von dem

Grund-

53) In der *L.* 62. §. 1. *D. ad L. Falcid.* wird das pretium verum dem pretio formali entgegengesetzt, und unter dem letztern unstreitig kein anderer, als der Affectionswerth verstanden, wie sich aus L 63. seq. ergiebt. S. *Iac.* VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam Cap. VIII. §. 19. pag. 183.

Grundsatz aus, der Verletzte soll den Preis selbst nach seiner Willkühr bestimmen, wenn ihm ein Anderer die Herausgabe seiner Sache hartnäckig vorenthält, oder ihn boshaft um das Seinige gebracht hat, wenn er sich nur den Werth zu beschwören getraut. Marcellus sagt ausdrücklich *L.* 8. *D. h. t.*

Non est aequum pretio (id est, quanti res est) litem aestimari: cum et contumacia punienda sit; *et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.*

Daß dieser Eid nicht schlechterdings an das Interesse des Klägers gebunden seyn soll, lehrt Paulus eben so deutlich *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

Interdum, *quod interfit agentis*, solum aestimatur, veluti cum *culpa* non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero *dolus* aut *contumacia* non restituentis vel non exhibentis, *quanti in litem iuraverit actor.*

Der Maasstab für die Culpa, wird hier von dem Maasstabe der Würderung für den dolus und Ungehorsam unverkennbar unterschieden. Nun kannte aber der Römer nicht nur einen Affectionswerth der Dinge[54]), sondern er verknüpfte

54) Man sehe ausser der *L.* 63. *D. ad L. Falcid.* noch *L.* 54. *D. de Legat. II.* wo gesagt wird: Si cui fundus, centum dignus legatus fuerit, *si centum heredi vel cuilibet alii dederit:* uberrimum videtur esse legatum, nam alias interest legatarii fundum potius habere, quam centum. *Saepe enim confines fundos* etiam *supra iustam aestimationem interest nostra acquirere.*

knüpfte auch mit der Affection rechtliche Folgen. Die Verletzung derselben konnte Veranlassung zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben, und konnte selbst Klagen begründen. Folgende Stellen werden dies alles ausser Zweifel setzen.

L. 35. *D. de minorib.* Si in emtionem penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emtam ab eo rem fuisse adprobetur; veluti, *quod maiorum eius fuisset*: ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori [55]).

L. 6. *pr. L.* 7. *D. de servis exportand.* Si venditor ab emtore caverit, *ne serva manumitteretur*, *neve prostituatur*, et aliquo facto, contra quam fuerit exceptum, evincatur, aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur: doli exceptionem quidam obstaturam putant; SABINUS, non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, *ne manumitteretur*, exceptum est. — Caeterum si, *ne prostituatur*, exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit, *et venditoris affectionem forte*, *simul et verecundiam laeserit*: etenim alias, remota quoque stipulatione, placuit ex vendito esse actionem.

Quodsi, *ne poenae causa exportaretur servus*, convenit, *etiam affectionis ratione recte agetur.*

L. 54.

55) Man sehe über diese Stelle *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogenianum pag. 246. seqq.

L. 54. *pr. D. Mandati.* Cum ſervus extero ſe mandat emendum, nullum mandatum eſt. Sed ſi in hoc mandatum interceſſit, *ut ſervus manumitteretur*, nec manumiſerit, et pretium conſequetur dominus, ut venditor, et *affectus ratione mandati agetur* [56]). Finge filium naturalem, vel fratrem eſſe. Placuit enim Prudentioribus, *affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.*

Soll alſo bey den Klagen, wo es auf Billigkeit ankommt, auch auf Affection Rückſicht genommen werden, ſo läßt ſich nicht füglich annehmen, daß die Römer bey dem iuramento in litem, bey einem Inſtitute, deſſen Hauptzweck volle Entſchädigung des Verletzten iſt, den Affectionswerth ganz ausgeſchloſſen haben ſollten. Das *iurare in infinitum*, wozu die Geſetze [57]) den Kläger berechtigen, überzeugt uns vom Gegentheile. Dieſe Worte erhalten nur dann erſt einen richtigen Sinn, wenn man damit die Behauptung verbindet, daß auch der Affectionswerth in den Würderungseid aufgenommen werden dürfe [58]). Ueberdem ſagt die *L.* 8. *D. h. t.* ganz allgemein,

56) Die Rechtsgelehrten ſind zwar bey der Erklärung dieſer Stelle ſehr verſchiedener Meinung. Man ſehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. XVII. Tit. 1. Nr. VII. not. f. et g. DORN cit. Diſſ. §. 33. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. S. 31. Doch kann Niemand läugnen, daß nach dieſem Geſetz die Affection eine Klage begründen könne.

57) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* *L.* 68. *D. de Rei vindicat.*

58) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. XII. ad L. 4. D. h. t. pag. 496.

daß beym Schätzungseide der Werth der Sache arbitrio domini zu bestimmen sey. Der Einwand, daß es dem Richter unmöglich werde ein Maximum zu bestimmen, sobald der Verletzte sein Würderungsrecht auch auf den Affectionswerth erstrecken dürfe, kann uns nicht treffen. Denn gerade hier, wo die Willkühr des Klägers leicht die Gränzen einer vernünftigen Affection überschreiten kann, ist es nöthig, das richterliche Ermessen eintreten zu lassen. Ueberdem lag die Taxatio iudicis ursprünglich offenbar nicht im Geiste des Instituts. Sie scheint ein späterer Nachtrag zu seyn, den selbst **Ulpian** noch nicht für unbezweifelt ansahe, und ihn deshalb durch Gründe zu rechtfertigen suchte. Man erwäge nur folgende Worte: Iurare autem in infinitum licet, sagt **Ulpian** *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Dies ist also Grundsatz beym Würderungseide. Nun wirft dieser römische Jurist die Frage auf: Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne, arrepta occasione, in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat. An igitur, qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriiurando adiicere, quaeritur? *Arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.* So ward also ein Theil des Würderungsrechts dem Richter zurückgegeben, um Willkühr durch Willkühr zu beschränken, und er übt dies Recht aus, indem er nicht nur bey der Würderung des Klägers luxuriam et delicias von iustis affectionibus unterscheidet, wie sich **Ulpian** an einem andern Orte [59]) ausdrückt, sondern auch der iustae affectioni,

59) *L.* 16. *D. de manumiss. vindicta.*

ctioni, durch Bestimmung eines Maximum, nach den Umständen, ein gewisses Ziel setzt. Dies bringt die richterliche Billigkeit mit sich. Wollte man hingegen zum alleinigen Maasstabe blos das Interesse des Klägers annehmen, wo sollte nun der Richter die Gränze abstecken, ohne entweder in das Rechtsgebiet des Verletzten einzugreifen, oder dem Schwörenden ein Recht zu geben, das dieser zu benutzen nicht befugt wäre? Ich glaube daher nicht ohne Grund die Meinung des großen Duarens [60]) unterschreiben zu dürfen, wenn dieser sagt: *Iusiurandum in litem sibi videri sic ad iurantis utilitatem referendum, ut ipsius quoque affectio numnunquom attendenda sit. Nam, ut aliorum argumenta praetermittam, quod dicitur, in venditione pretium rei arbitrio domini statuendum esse, dubium non est, quin generaliter accipiendum sit, adeo ut si rem a domino emere volens, praeter iustum et commune pretium grandem ei pecuniam offerat, ad compensandum id, quod interest ipsius, re sua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum sit, quae quidem in equis, canibus, rebusque aliis non ita valde necessariis, aut utilibus, immodica plerumque conspicitur; ac qui modus est in bis rebus cupiditatis, (ut* ait CICERO) *id et aestimationis esse solet. Nihil etenim iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur restringaturve. Quod cum ita sit, idem in hoc iureiurando utique observabitur: nisi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam esse arbitratus fuerit.*

Aus allem erhellet also soviel, daß es ein iusiurandum in litem *affectionis* und *veritatis* giebt, einen Würderungs-

60) Comm. ad h. Tit. Dig. nr. 8. *Operum* pag. 217.

derungseid, der bald den Affectionswerth, bald blos das eigentliche Interesse, und zwar entweder das gemeine oder singuläre geltend macht. Hellfeld verwirft zwar diese Eintheilung, und nimmt blos den Affectionseid, als die einzige wahre Gattung des Würderungseides, an. Das *iuramentum in litem veritatis* hält er für eine Art des Erfüllungseides, auf welches dann zu erkennen sey, wenn die Forderung des Klägers an sich ihre Richtigkeit habe, und nur lediglich über die Größe derselben oder die eigentliche Summe gestritten wird, wie er sich darüber §. 818. näher erklärt hat. Auch Anton Faber [61]) nimmt durchaus kein iuramentum *veritatis* an, und Caspar Schifordegher [62]) sucht besonders diese Meinung gegen die Einwürfe einiger Antagonisten des Fabers zu rechtfertigen. Neuere Rechtsgelehrten [63]) läugnen hingegen, daß es ein iuramentum in litem *affectionis* gebe. Sie nehmen nur ein iuramentum in litem an, welches aber weder den Beysatz *veritatis* vertrage, weil es die Ausmittelung des gemeinen Werths einer Sache nie unmittelbar bezwecke; noch den Beysatz *affectionis*, insofern man hierunter einen durch bloße individuelle Neigung begründeten, und ausserhalb der Spähre des gesetzlichen Begriffs von Interesse liegenden Werth verstehe. Allein die meisten, auch neuern Rechtsgelehrten [64]), vertheidigen die angeführte Eintheilung.

61) Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13.

62) Ad *Anton.* FABRUM Lib. I. Tract. 24. Qu. 7.

63) WIRSCHINGER im angef. Versuche §. 82. vergl. mit §. 66. u. 68. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. und §. 18.

64 Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45. *Hug.* DONELLUS Commentar.

lung. Sie sind nur darin von einander abweichend, worin der eigentliche Grund dieser Eintheilung beruhe. Die meisten suchen ihn in den Voraussetzungen, unter welchen die Gesetze überhaupt in litem schwören lassen. Sie sagen, der Affectionseid setze immer einen dolus oder culpa lata voraus; das iuramentum in litem veritatis aber habe auch wegen geringerer Versehen Statt, wenn es dem Kläger an andern Beweisen fehle. Hier sey also der Schätzungseid nur ein subsidiarisches Beweismittel. Man sagt ferner, der Affectionseid werde auch über das Duplum des wahren Werthes gestattet, aber nicht der Würderungseid des bloßen Interesse; hier dürfe die in der *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest, prof.* gesetzlich bestimmte Größe nicht überschritten werden [65]). Die folgenden Paragraphen werden mir Gelegenheit geben, diese Meinungen näher zu prüfen. Hier bemerke ich nur noch,

5) daß es in Rücksicht des streitigen Objects Bedingung sey, daß der Preis desselben einer Bestimmung durch Würderung bedürfe. Ist also dieser Gegenstand von der Art, daß desselben Preis ein für allemal fixirt steht,

mentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 6. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XLI. Th. 1. sqq. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6. *Chr. Wilh.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causarum damni praest. Cap. VI. §. 65. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4534. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

65) S. DONELLUS c. l. cap. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. h. t. §. 67 not. ξ.

steht, wie z. B. beym Gelde in gemeinen Sorten, so findet hier der Würderungseid nicht Statt. Ulpian sagt dies *L.* 3. *D. h. t.* ausdrücklich:

Nummis depositis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod sua interfuit: *cum certa sit nummorum aestimatio.*

Es ist jedoch auch hier der Fall auszunehmen, wenn ein singuläres noch unbestimmtes Interesse des Klägers vorhanden wäre. Z. B. wenn der Deponent einen besondern Schaden dabey leidet, daß er eine deponirte Geldsumme nicht zur gehörigen Zeit zurück erhalten kann. Daß alsdann auch bey dem Depositum einer bestimmten Geldsumme der Würderungseid zulässig sey, sagt Ulpian ebenfalls am angeführten Ort, in den Worten:

Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, *nummos sibi sua die redditos esse.* Quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia depositа ei pecunia abnegata est, distractum est [66])?

Das Nämliche gilt auch von andern fungiblen Sachen [67]). Sonst mag das Object immerhin eine körperliche oder unkörperliche [68]), eine bewegliche oder unbewegliche Sache seyn [69])

In

66) S. Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 11.

67) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 9.

68) *L.* 7. *D. Si servit. vindicet.*

69) LAUTERBACH Colleg. Pand. theor. pract. h. t. §. 16. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. 63. not. α. WIRSCHINGER §. 81. DRUMMER §. 30.

In Ansehung der unbeweglichen Sachen sind zwar mehrere Rechtsgelehrten [70]) anderer Meinung. Das Gesetz, worauf sie sich berufen, ist die *L.* 48. §. 1. *D. Locati cond.* wo **Marcellus** sagt: Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur. Nun läßt sich zwar nicht läugnen, daß bey unbeweglichen Sachen ihrer Natur nach der Würderungseid aus dem Grunde größtentheils wegfällt, weil hier die Restitution des Objects an den Kläger durch die executive Gewalt der Justiz sehr leicht erzwungen werden kann. Allein sind denn dadurch auch schon die entzogenen Utilitäten desselben restituirt? Nun soll ja nach *L.* 68. *D. de rei vindicat.* der Besitzer auch die Früchte vergüten, und omnis causae nomine verurtheilt werden [71]). Wegen solcher Nebenemolumente kann also allerdings der Würderungseid Statt finden. Zuweilen aber auch wegen der Sache selbst. Man setze, es habe Jemand das Gebäude boshaft in Brand gesteckt. Diesem ist auch das angeführte Fragment nicht entgegen. Zwar wage ich es nicht, die Worte *non immobilem* mit **Thibaut** [72]) geradezu wegzuwerffen, welches mir darum bedenklich zu seyn scheint, weil die **Florentine** sie hat, und auch die Ba-

70) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 48. §. 1. D. locati. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 290. THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis etc. Cap. III. §. 33. und WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 766.

71) Was *omnis causa* heißt, ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 8. Theil dieses **Commentars** §. 588.

72) Syst. d. P. R. 3. B. §. 1166. not. h. pag. 90.

silikeu [73]) diese Leseart bestärken, nicht minder die meisten und besten Ausgaben, z. B. die Haloandrinische, die des Baudoza, des Hugo a Porta und mehrere andere hierin übereinstimmen. Dagegen dünkt mir der Grund zu schwach zu seyn, daß jene Worte in einigen Manuscripten fehlen, ob ich dieses gleich von unserm Erlangischen Pandecten-Manuscript selbst bezeugen muß. Allein man kann der Schwierigkeit abhelfen, ohne zu dieser violenten Critic schreiten zu dürfen. Mag doch immerhin die *L.* 48. von beweglichen Sachen reden; es folgt ja daraus noch nicht, daß deswegen bey unbeweglichen Sachen der Schätzungseid auszuschließen sey [74]). Wenn Marcian *L.* 16. §. 3. *D. de pignor.* lehrt, daß bey der hypothekarischen Klage der Würderungseid eben so, wie bey den übrigen dinglichen Klagen, Statt habe, so führt er sowohl vorher, als nachher meist lauter Beyspiele von verpfändeten Grundstücken an. Man vergleiche §. 2. *et* §. 4. dieses Fragments. Merkwürdig ist insonderheit, was Marcian §. 4. sagt:

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus

73) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. 47. pag. 433. Ὁ μισθωσάμενος κινητὸν, ἢ αὐτοκίνητον, καὶ μὴ ἀποδιδοὺς αὐτὸ, τῷ ἐνθίκῳ ὅρκῳ ὑπόκειται. i. e. *Qui rem mobilem, vel se moventem conduxit, nec restituit, iuriiurando in litem subiicitur.*

74) Mit Recht sagt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16. *L. 48. cit. nihil aliud dici, quam quod contra illum, qui servum vel aliam rem non immobilem restituit, in litem iurari possit; unde non sequitur, quod non idem dicendum de re immobili. Argumentum a contrario sensu contra alios textus generales nnn procedit.*“

ctibus condemnet. Quid enim, *ſi minoris ſit praedium*, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil poteſt pronunciare, niſi extent, et res non ſufficit.

Wer ſollte alſo nun noch die Zuläßigkeit des Würderungseides bey unbeweglichen Sachen bezweifeln?

§. 814.

Iſt der Würderungseid nur ein ſubſidiariſches Beweismittel? Wer wird zu dieſem Eide zugelaſſen? Iſt der Kläger den ihm zuerkannten Eid zu ſchwören ſchuldig?

Ob der Schätzungseid als ein blos ſubſidiariſches Mittel anzuſehen, und daher nur dann zuläßig ſey, wenn der Kläger den Werth des ſtreitigen Gegenſtandes nicht auf andere Art beweiſen könne, iſt ſehr ſtreitig.

Hellfeld ſtellt den Satz auf: *Iuramentum in litem eſt remedium ſubſidiarium. Hinc in eo ſolum caſu locum habet, ſi aeſtimatio aliunde per teſtes, arte peritos, vel ex officio haberi nequeat.*

THIBAUT [75]) hingegen läugnet, daß man dieſen Eid als ſubſidiariſch betrachten könne. Nur gegen den, welcher geringere Verſehen begieng, müſſe der Schaden, wo möglich, erwieſen werden. Kann dieſes nicht geſchehen, ſo ſey der Verletzte ſubſidiariſch auch zum Schätzungseide zu laſſen, aber auf allen Fall nur, um ſein gemeines Intereſſe zu beſchwören.

Drummer [76]) verwirft beyde Meinungen, und hat ſie ausführlich zu widerlegen geſucht. Nach ſeiner neuen

An-

75) Syſt. des P. R. 3. B. §. 1166.

76) Theorie des Würderungseides §. 20.

Ansicht ist und kann der Würderungseid auf keinen Fall subsidiarisch seyn. Denn er ist ihm kein Beweismittel, sondern eine Gattung des Calumnieneides.

Soviel ist wohl gewiß, daß die Gesetze den Grundsatz, den Hellfeld aufstellt, nicht kennen. Es ist vielmehr leicht zu beweisen, daß er den Gesetzen und der Natur des Eides zuwider sey. Denn offenbar könnte doch durch die ordentlichen Beweismittel nur der wahre Werth der Sache dargethan werden. Allein die Gesetze sagen, der Kläger könne durch diesen Eid die Sache auch *ultra rei pretium* würdern [77]). Ja sie halten es nicht einmal für billig, daß der Beklagte, welcher aus Ungehorsam dem Kläger die ihm gehörige Sache nicht herausgeben will, blos den gemeinen Werth ersetze, wenn dieser auch bewiesen werden könnte. Um den Ungehorsam zu bestrafen, müsse man es vielmehr dem Kläger anheim stellen, den Werth nach seiner Willkühr zu bestimmen, so hoch er sich denselben zu beschwören getraut. Non est aequum sagt *L.* 8. *D. h. t.* pretio (id est, quanti res est) litem aestimari; cum et contumacia punienda sit; et *arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.* Und die *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* giebt davon den Grund an: Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere; welcher in der *L.* 70. *D. de Rei vindicat* noch weiter dadurch motivirt wird: ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare. Erwägt man nun noch insonderheit, daß nach Hellfelds Idee der Würderungs-

77) *L. 1. D. h. t.* Res ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

derungseid ein bloßer Affectionseid ist, so erscheint sein ganzer Satz als offenbar ungereimt. Denn wie kann Affection, als etwas schlechterdings Subjectives, durch andere Beweismittel, als durch den Eid, dargethan werden? Es ist wenigstens immer ein auffallender Pleonasmus, die Zuläßigkeit des Würderungseides durch den Fall des unmöglichen Gegentheils zu bedingen. Um jedoch die Hypothese der Hellfeldischen Subsidiarität vollends zu zernichten, füge ich noch einen Beweis aus *L.* 60. §. 1. *D. ad L. falcid.* hinzu, wo gesagt wird: Legato petito, *cum in litem iuratum est*, ratio Legis Falcidiae non eius summae, *in quam legatarius iuravit*, sed eius, *quanti revera id fuit, quod petitum est*; nam id, quod poenae causa adcrevit, in Legem Falcidiam non incidit. Hier wird doch nun deutlich genug der beschworne Werth von dem wahren Werthe unterschieden, der bey der Berechnung der Falcidie zum Grunde gelegt werden soll. Also muß dieser doch auch da zu bestimmen gewesen seyn, wo gleichwohl der Legatar wegen des Ungehorsams des Erben zum Würderungseide gelassen wurde.

Erwiesen wäre also, daß der Schätzungseid kein blos subsidiarisches Beweismittel sey, indem vielmehr das dem Kläger eingeräumte Recht der eigenen eidlichen Würderung des streitigen Objects als Strafe für den Dolus oder den Ungehorsam des Beklagten angesehen wird.

Allein sollte es deswegen nicht Fälle geben, wo dieser Eid doch nur subsidiarisch zugelassen wird? Ich glaube, daran läßt sich nicht zweifeln, so sehr auch DRUMMER dagegen streitet. Denn man erwäge nur, was Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* sagt:

Item

Item videndum, an poſſit iudex, qui detulit iusiurandum, non ſequi id: ſed vel prorſus abſolvere, *vel etiam minoris condemnare, quam iuratum eſt*? Et magis eſt, ut ex magna cauſa, et *poſtea repertis probationibus* poſſit.

Kann nun der Richter nach bereits abgelegtem Würderungseide, wegen nachher gefundener Beweiſe, das beſchworne Quantum mindern, ſo hätte wohl, wenn dieſe Beweiſe vor Ablegung des Eides vorhanden geweſen wären, der Eid ſchwerlich vom Richter erkannt werden können. Zwar bin ich davon lebhaft überzeugt, daß, wenn Ungehorſam des Beklagten in der Reſtitution des ſtreitigen Gegenſtandes dem Kläger das Recht gab, den Werth deſſelben nach ſeiner Willkühr und Affection zu beſtimmen, gegen den einmal abgeleiſteten Eid kein Gegenbeweis zuläßig ſey, weil hier klare Geſetze dem Kläger erlauben, auch über den wahren Werth zu würdern [78]). Allein daß dieſes nicht der einzige Fall ſey, in welchem der Würderungseid Statt findet, iſt ſchon oben gezeigt worden. Es giebt Fälle, wo der Kläger durch den Würderungseid nur den gemeinen Werth, oder das gemeine Intereſſe beſchwören darf; oder wo der Kläger darum zum Würderungseide gelaſſen wird, weil der Abgang der ordentlichen Beweismittel durch den Dolus des Beklagten verurſacht worden iſt.

78) Es kommt hier noch der Grund in Betrachtung, daß ein Contumax, wegen neu gefundener Beweiſe, eben ſo wenig contra rem iudicatam reſtituirt werden kann, als ihm gegen eine ſolche Sentenz die Appellation geſtattet wird. *L. 13. §. 4. C. de iudic. L. 1. Cod. Quorum appellat. L. 73. §. 3. D. de iudiciis.*

ist. In solchen Fällen ist doch wohl unstreitig der Würderungseid als ein bloß subsidiarisches Beweismittel anzusehen. Marcian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* sagt:

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti, si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, *quia iudex aestimare, sine relatione* (i. e. delatione) *iurisiurandi, non potest rem, quae non extat.*

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo nach der Natur der Klage nur der gemeine Werth zum Maasstabe angenommen werden konnte, wie bereits oben (S. 425.) näher gezeigt worden ist. Hier soll nun der Würderungseid ausnahmsweise darum zugelassen werden, weil ohne denselben der Richter die Sache nicht schätzen kann, die nicht mehr ist. Wird hierdurch der Eid der Würderung nicht ausdrücklich als ein subsidiarischer Eid erklärt? Man wendet zwar dagegen ein, daß hier nicht sowohl der Würderungseid, als vielmehr das Würderungsrecht subsidiarisch sey, und folglich die subsidiarische Natur des Eides nichts anders, als der bloße Reflex der subsidiarischen Natur des Würderungsrechtes sey [79]). Allein man betrachte nur die Worte des Gesetzes näher, um sich zu überzeugen, daß von dem Würderungseide selbst die Rede sey, nicht zu gedenken, daß sich ja kein Würderungseid, ohne ein Würderungsrecht, gedenken läßt.

Hieraus ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob der Richter dem Kläger die Befugniß der Würderung vorenthalten,

79) S. DRUMMER in der angef. Theorie §. 21. S. 55. f.

halten, somit denselben vom Eide der Würderung ausschließen könne? Diese Frage ist zu verneinen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen es dem Kläger erlaubt ist, den Werth seiner Sache nach seiner Willkühr zu bestimmen. Hier mag der Richter schätzen können, oder nicht; der Kläger mag den Werth der Sache auf andere Art beweisen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkühr des letztern anheim gestellt, sich des Eides der Würderung zu bedienen. Unbedingt räumt diese Befugniß die oben wörtlich angeführte *L.* 8. *D. h. t.* dem Kläger ein. Auf diesen Fall können also die Worte Ulpians *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, nicht gezogen werden [80]). Denn der Richter ist nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Wo es hingegen bloß auf die Ausmittelung des gemeinen Interesse ankommt, und der Würderungseid also nur ein subsidiarisches Beweismittel ist, da hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, ob und in wiefern er den Eid für nothwendig hält. Er kann ihn daher auch abschlagen, wenn sich der Schade auf andere Art taxiren läßt.

In Rücksicht desjenigen, welcher zum Würderungseide zugelassen zu werden verlangt, ist zu bemerken, daß nur der Beschädigte, welchem das Würderungsrecht zusteht, wodurch das iuramentum in litem bedingt ist, zu diesem Eide gelassen wird; und zwar muß der Kläger in eigenem Namen sein Recht verfolgen, er sey dann Eigenthümer, oder nicht [81]). Denn auch der Pfandgläubiger wird

80) S. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 45.

81) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. irrt offenbar, wenn er behauptet, daß nur der Eigenthümer zum Würde-

wird zum iuramento in litem gelassen, wenn der Besitzer des Pfandes entweder die Herausgabe desselben hartnäckig verweigert, oder das Pfand arglistig zu besitzen aufgehört hat. Ein bloßer Procurator hingegen, wofern er nicht in rem suam vor Gericht handelt [82]), wird nicht zu diesem Eide zugelassen, wenn er auch mit einer Specialvollmacht versehen wäre [83]), weil es hier der Würderung eines eigenen und individuellen Interesse des Klägers gilt [84]). Ganz deutlich sprechen dieses folgende Gesetze aus.

L. 7. D. h. t. Vulgo praesumitur, alium in litem non debere iurare, quam *dominum litis* [85]). Denique [86]) PAPINIA-

Würderungseide gelassen werde. Ihn hat deshalb ausführlich widerlegt BACHOV in Tr. de Actionib. Disput. VII. Th. 16. pag. 74. sq. Man sehe auch Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 5.

82) *L. 13. §. 1. D. de pact. L. 25. D. de procurat.* S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 61. not. g.

83) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

84) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292. Nach dem Gerichtsgebrauche kann jedoch ein Sachwalter den Würderungseid in die Seele seines Principals ablegen. S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. *de* COCCEJI c. l. und Müller a. a. O.

85) i. e. ad quem lis ea pertinet, sive per se, sive per procuratorem in lite substiterit. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

86) Das Wort *denique* soll hier eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen. Es ist soviel als *Ideo*; in welcher Bedeutung es schon mehrmalen vorgekommen ist. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 743. Not. 35. S. 212.

PINIANUS ait, alium non posse iurare, quam eum, *qui litem suo nomine contestatus est* [87]).

L. 16. §. 3. *D. de pignorib. et hypoth.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. — *Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus, non possit rem ipsam restituere; tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit; sicut in caeteris in rem actionibus* [88]). Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur.

Es ist merkwürdig, daß auch ein Dieb und Räuber zu dem Würderungseide zugelassen wird, wenn er die gestohlne oder geraubte Sache einem Dritten geliehen, oder in Verwahrung gegeben hat, sofern ihm die Sache durch den Dolus des Dritten nicht restituirt wird. Denn daß auch einem Diebe oder Räuber die actio depositi oder com-

87) Durch diese Worte giebt Ulpian deutlich zu erkennen, daß Procuratoren, wenn sie auch nach dem röm. Recht als domini litis betrachtet werden, dennoch von dem Würderungseide ausgeschlossen seyn sollen. *Non enim suo, sed domini mandantis nomine litem contestantur*, wie VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. hier ganz richtig bemerkt. In den *Basilicis* Tom. III. pag. 205. Const. 7. heißt es: Μόνος ὁ ἰδίῳ ὀνόματι ἐναγχγὼν, ὄμνυσι τὸν ἔνδικον ὅρκον. i. e. *Solus in litem iurat, qui suo nomine agit.*

88) Was der Gläubiger über den wahren Werth der Sache erhalten hat, giebt er, so weit es über die Forderung hinausgeht, dem Schuldner heraus. *L.* 21. §. 3. *D. de pignorib.* S. Westphals Pfandrecht. §. 267. Not. 297. S. 387.

commodati in diesem Falle zustehe, ist bekannt [89]). Nun paßt zwar hier der Grund nicht, aus welchem sonst wegen verweigerter Restitution des streitigen Gegenstandes dem Kläger der Würderungseid gestattet wird: *Quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat* [90]); oder wie Paulus sagt [91]: *Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere.* Allein weil doch der Dieb dem Eigenthümer verantwortlich bleibt, und daher auch ihm daran liegt, den höchst möglichen Werth der Sache zu erhalten, den der Eigenthümer fordern könnte [92]); überdem die von Seiten des Beklagten gebrochene Treue in den Augen der Gesetze darum nicht minder strafwürdig erscheint, weil die Sache eine gestohlne ist: *Nemo enim ex alieni delicti causa novam et propriam delinquendi occasionem capere debet* [93]); so läßt sich nun jenes Problem wohl auflösen, welches in den Worten Ulpians zu liegen scheint, wenn er *L.* 64. *pr. D. de iudiciis* sagt:

Non a iudice doli aestimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo, *quod in litem iuratur. Denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem, non dubitatur.*

89) *L. 1. §. 39. D. depositi. L. 16. D. Commodati.*

90) *L. 25. §. 1. D. Soluto matrim.*

91) *L. 9. D. de act. rer. amotar.*

92) *L. 1. §. 39. D. depositi* führt den Grund selbst an: *nam interest eorum, eo quod teneantur.*

93) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 64. pr. D. de iudiciis. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. d. h. t. Nr. I. not. b. pag. 361.

Uebrigens wird nun freylich vorausgesetzt, daß der Kläger, welcher zu diesem Eide zugelassen werden will, überhaupt auch fähig sey, einen gerichtlichen Eid zu schwören. Daher wird ein Unmündiger nicht zu diesem Eide gelassen. Jedoch kann der Vormund, wenn er will, für seinen Mündel schwören, nämlich sofern er Kenntniß von dem streitigen Gegenstande hat. *Nam tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet*, sagt **Paulus** *L. 27. D. de administrat. tutor.* Es versteht sich aber, daß der schwörende Vormund nicht sein eigenes, sondern das Interesse seines Mündels, zum Maasstabe nimmt. Eben dieses gilt auch von andern Curatoren, wegen der übernommenen Pflicht, das Vermögen ihrer Pflegbefohlnen zu erhalten. Der Vormund darf also schwören, wird aber nicht dazu gezwungen. Die Mutter des Pupillen hingegen kann nicht für ihn schwören, wenn sie gleich dazu bereitwillig wäre. Ist sie aber nicht wenigstens alsdann zuzulassen, wenn sie Vormünderin ist? **Voet** [94]) läugnet dieses aus dem Grunde, damit sie nicht aus allzugroßer Liebe zu ihren Kindern einen Meineid zu begehen veranlaßt werden möge. Ihm stimmt auch **Wirschinger** [95]) bey. Allein als Vormünderin hat die Mutter gleiche Rechte mit andern Vormündern, und kein Gesetz schließt sie in diesem Falle aus [96]). Ein Minderjähriger kann selbst schwö-

94) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

95) Versuch einer neuen Theorie über das I. i. l. §. 75. S. 139. not. c.

96) S. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. num. 325. sqq. *Io. Henr.* BERGERI Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. I. *de* COCCEJI iur. civ. con-

schwören, sobald er mündig ist. Dies alles faßt folgende Stelle Ulpians zusammen.

L. 4. pr. D. h. t. Videamus in tutelari causa, quis iurare et adversus quem possit? Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset iurare, Divi Fratres rescripserunt [97]). Grave enim videbatur,

controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ulr.* CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 73. et 74. und besonders *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de iuramento in litem et inprimis, quod pro pupillo mater eius ad iurandum in litem etiam admittenda sit. *Erfordiae 1724.* §. 13.

97) Diese Stelle redet freylich ganz allgemein. Allein man bedenke den wahren Grund, warum die Mutter nach dieser Stelle nicht für ihr unmündiges Kind schwören sollte. Dieser war theils, weil sie nicht als domina litis betrachtet werden konnte, theils weil sie zu Ulpians Zeiten auch noch von der Vormundschaft ihrer Kinder ausgeschlossen war. *L. 1. Cod. Quando mulier tutoris off. fungi.* Denn zu diesen Zeiten standen Frauenspersonen selbst noch unter einer perpetuirlichen Vormundschaft. S. ULPIANI *Fragm. Tit. XI.* §. 24. (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 602.) Diese hörte erst in spätern Zeiten auf, und durch die Verordnungen der Kaiser Valentinianus, Theodosius und Justinian wurde ausnahmsweise einer Mutter erlaubt, die Vormundschaft über ihre Kinder zu führen. *L. 2. C. eodem. Nov. 94.* und *Nov. 118. cap. 5.* Daher sind die *L. 16.* und *L. ult. D. de tutelis* unstreitig von Tribonian interpolirt, wie *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutorib. §. 6. pag. 547. gegen Bynkershök gezeigt hat. WEHRN in Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi §. 65. pag. 413. be-

et ignorantes, et invitos tutores, ſub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps ſubire. Curatores quoque pupilli vel adoleſcentis non eſſe cogendos in litem iurare, reſcriptis Imperatoris noſtri et D. Patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo ſuo, vel adoleſcenti tutores vel curatores praeſtare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt, finis eiusmodi poſſit adhiberi: non enim ad ſuam utilitatem iurisiurandi referenda aeſtimatio eſt, ſed ad domini, cuius nomine tutelae ratio poſtuletur. Adoleſcens vero, ſi velit, iurare poteſt.

Nach der Analogie dieſes Geſetzes kann auch der Vater für ſeine noch unter väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder das iuramentum in litem ſchwören, wenn die Sache das Peculium derſelben betrifft. Denn verwaltet der Vater das Peculium der Kinder vermöge der väterlichen Gewalt, ſo kann er nach der Verordnung des Kaiſers Conſtantin [98]) vor Gericht in eigenem Namen, und auf eine ſolche Art handeln, tanquam ſolidum perfectumque dominium ei adquiſitum fuiſſet. Wenn er es aber auch nur als geſetzlicher Curator verwaltet, ſo kann er wegen der ihm in dieſer Eigenſchaft obliegenden Pflicht, das Vermögen der Kin-

behauptet, daß heutzutage eine Mutter, auch wenn ſie nicht Vormünderin iſt, für ihre unmündige Kinder ſchwören könne, wenn ſie mehr Kenntniß von dem ſtreitigen Gegenſtande hat, als der Vormund.

98) *L. 1. Cod. de bonis matern.* Man vergleiche auch *L. 8. Cod. de bonis, quae liberis.*

Kinder im Stande zu erhalten, so gut, wie jeder anderer Curator, in litem schwören [99]).

Daß dem Erben, so gut, wie seinem Erblasser, den er repräsentirt, das Recht der eidlichen Würderung zustehe, leidet keinen Zweifel. Geschahe die Beschädigung sogar erst nach angetretener Erbschaft, so tritt der Erbe im vollesten Sinn als dominus auf, und macht nun, als solcher, sein Würderungsrecht durch das iuramentum in litem geltend [100]).

Da übrigens der Würderungseid als eine Rechtsbegünstigung des Klägers anzusehen ist, so ist derselbe nicht schlechterdings verbunden, den Eid, wenn ihm der Richter solchen zuerkennt, zu schwören, sondern er kann auch die Schätzung des Schadens blos dem richterlichen Ermessen überlassen, wenn gleich das Urtheil, wodurch dem Kläger der Eid ist auferlegt worden, schon in die Rechtskraft übergegangen wäre. Es müssen nur dem Richter in sol-

99) S. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causarum damni praestandi §. 65. pag. 412. und BERGER Oeconom. iuris. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 6.

100) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 316. *Mich. Godofr.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 6. WEHRN a. a. O. S. 413. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuche. §. 75. S. 140. Viele behaupten sogar, daß wenn der Erblasser den ihm vom Richter angetragenen Würderungseid vor seinem Tode schon angenommen hatte, derselbe für abgeleistet zu achten sey. GAIL Lib. I. Obs. 43. HAHN Observat. ad *Wesenbec.* h. t. nr. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XVII. Th. 61. in fin. und MÜLLER ad Eundem not ε. Allein BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXI. Th. 12. lit. E. verwirft diese Meinung mit Recht.

chem Falle noch andere Mittel zu Gebote stehen, um selbst schätzen zu können [1]). Folgende Gesetzstellen verdienen hier besonders bemerkt zu werden.

L. 71. *D. de Rei vindicat.* Quod si possessor quidem dolo fecit, *actor vero iurare non vult*, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, *mos ei gerendus est.*

L. 2. *Cod. de in lit. iur.* Is, qui rationem tutelae seu curae reposcit, *invitus in litem iurare compelli non potest*: *sed volens ita demum audiendus est*, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult.

Diesen ist nicht entgegen, wenn Paulus *L.* 11. *D.* h. t. sagt: De periurio eius, *qui ex necessitate iuris in litem iuravit*, quaeri facile non solere. Denn diese necessitas iuris geht eigentlich auf den Richter, der unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Eid erkannt hat, wie Faber [2]) und Vinnius [3]) diese Stelle ganz richtig erklären. Nur in dem Falle würde der Kläger den Eid nicht ablehnen können, wenn der Richter zu schätzen auf keine Weise im Stande ist. Faber sagt: *Uno tamen casu hoc iusiurandum in litem omnimodo praestandum est, nempe cum defertur, non tantum ex iuris, sed etiam ex facti necessitate, id*

1) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 4. PUFENDORF Obsevat. iuris univ. Tom. III. Obs. 124. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 4. und WEHRN Doctr. cit. §. 65. pag. 421.

2) Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.

3) Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45.

id est, cum impossibile est, iudicem aliter, quam per actoris iusiurandum, aestimare rem, quae non extat.

§. 815.

Giebt es ein iuramentum in litem veritatis für den Fall geringer Versehen? Gegen wen hat der Würderungseid Statt?

Die gesetzliche Voraussetzung der Zulässigkeit des Würderungseides ist beharrlicher Ungehorsam, oder ein rechtlich erwiesener, wenigstens dafür anzunehmender dolus des Beklagten. Dem dolus ist bekanntermaßen eine culpa lata gleichzuachten [4]). Ob aber auch wegen einer culpa levis jene eidliche Würderung des Klägers Statt habe, ist streitig. Viele [5]) behaupten, hier trete das iuramentum in litem veritatis ein, wenn sonst kein anderes Beweismittel vorhanden ist. Allein wenn gleich auch in solchen Fällen, wo dem Beklagten weder ein actenkundiger Ungehorsam, noch sonst ein widerrechtlicher Vorsatz, oder eine demselben gleichzuschätzende culpa lata, als rechtlich erwiesen, zur Last fällt, sondern ein geringeres Versehen des Beklagten, als Veranlaßungsgrund der verletzenden Handlung desselben, anzusehn ist, das Würderungsrecht des Klägers so gut, wie in jenen erstern, begründet ist; so ist doch, wegen verminderter Imputabilität des Beklag-

4) *L. 226. D. de Verb. Signif.* Magna culpa dolus est.

5) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 68. MÜLLER ad *Eundem.* not. γ. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. I. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4535. Müller in dem Versuch über den Schätzungseid. §. 8. u. a. m.

ten, die Würderungsart hier ganz verschieden. Daß für diesen Fall der Würderungseid nicht Statt habe, sondern das Würderungsrecht des Klägers nur auf dem ordentlichen Wege der Beweisführung durch den Ausspruch des Richters realisirt werden könne, beweisen folgende Gesetze buchstäblich.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Interdum, quod interfit agentis, solum aestimatur, *veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur:* cum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

L. 4. §. 4. *D. eodem.* Ex *culpa* autem non esse iusiurandum deferendum, constat: sed aestimationem a iudice faciendam.

L. 5. §. 3. *D. eodem.* Sed in his omnibus *ob dolum solum* in litem iuratur, non etiam *ob culpam*: haec [6]) enim iudex aestimat.

L. 2.

6) Ich muß hier bemerken, daß das *haec* dem großen holländischen Critiker *Gerh.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 291. ein Verstoß gegen die Regeln der Grammatic zu seyn scheint. Schon die Sache erfordere, daß man ohne weiteres Bedenken HANC sc. culpam lesen müsse. Allein ihm entgieng hier, was er selbst an einem andern Ort Lib. I. Observation. c. 4. und in Tr. de Pactis et Transact. cap. 1. sehr gründlich erinnert hat, daß unter *culpa* und *dolus* im Styl der röm. Rechtsgelehrten sehr häufig *ea, quae culpa vel dolo fiunt*, verstanden werde. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptarum iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 20. §. 4. und *Ger.* OELRICHS in Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani ICti. *Trajecti ad Rhen. 1754.* Cap. IV. §. 5. haben diese Construction durch viele Stellen aus den röm. Klassikern und andern Fragmenten

L. 2. Cod. de in litem iur. Sin vero *neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur*, OMISSA IURISIURANDI FACULTATE, iudex *de veritate* cognoſcet: quae etiam *argumentis liquidis* inveſtigari poteſt.

Ueberall wird hier die Würderung des Klägers durch ſeinen eigenen Eid der richterlichen Schätzung entgegen geſtellt. Jenes Recht zu würdern wird dem Kläger ausdrücklich nur unter der Bedingung zugeſichert, wenn die erlittene Verletzung einen dolus, oder culpa lata, oder contumacia des Beklagten zum Grunde hat. Die letztere hingegen ſoll dann lediglich entſcheiden, wenn der Schade durch eine culpa im eigentlichen Sinn, ſo fern ſie dem dolus entgegen geſetzt wird, das heißt, durch eine culpa levis des Beklagten verurſacht worden iſt. Soll alſo hier der Richter urtheilen, ſo iſt damit zugleich ganz klar ausgeſprochen, daß der gerichtliche gewöhnliche Gang zur Ausmittelung einzuſchlagen ſey. Bey ſo klaren Stellen der römiſchen Geſetze darf man nun auch die zur Unterſtützung der gemeinen Meinung angeführten Geſetzſtellen nicht ſehr fürchten. Es ſind folgende

L. 5. §. 4. D. h. t. Plane interdum et in actione ſtricti iudicii in litem iurandum eſt; veluti; ſi promiſſor Stichi moram fecerit, et Stichus deceſſerit: quia iudex aeſtimare, ſine relatione iurisiurandi, non poteſt rem, quae non extat.

Hier

menten der röm. Rechtsgelehrten beſtärkt, und ſomit die Richtigkeit der Leſeart vollkommen gerechtfertiget. Es iſt nun alſo auch nicht nöthig, mit *Franc.* DUARENUS in Comment. in hunc Tit. Pand. §. 33. *Operum.* pag. 222. ſtatt haec, h i c zu leſen.

Hier ist von der mora die Rede. Daß diese durch jede, auch geringe Culpa, verursacht werden könne, ist ohne Beweis bekannt. Sollte diese aber auch hier gemeint seyn? Auf keine Weise. Daß auch hier ein widerrechtlicher dolus vorauszusetzen sey, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn unmittelbar vorher wird ja ausdrücklich gesagt, daß nur wegen eines Dolus, aber nicht wegen einer bloßen Culpa, der Würderungseid zulässig sey.

Die weiter angeführte *L.* 1. §. 40. *D. depositi* ist schon von mir an einem andern Orte (S. 379.) erläutert, und gezeigt worden, daß darin vom Ergänzungseide die Rede sey. Gesetzt aber man wollte diese Stelle vom Würderungseide verstehen, so ist ja ohnehin bekannt, daß bey der actio depositi nur der dolus des Depositars in Betrachtung kommt. Dagegen verdient erwogen zu werden, daß selbst beym Interdicto quod vi aut clam, wo in der Regel nur auf das Factum der Besitzstörung gesehen, und blos dessen Daseyn, ohne Rücksicht auf dolus oder culpa, beachtet wird, das sonst dabey zulässige iuramentum in litem für den Fall der Schätzung einer blos culposen Beschädigung ausdrücklich versagt wird. Ulpian, welcher *L.* 15. §. 9. *D. Quod vi aut clam* sagt: Sed, quod interfuit, aut *per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit*: aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est; hält es für nöthig, gleich nachher §. 11. zu bemerken: *Culpam quoque in hoc interdicto venire; quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.* Aus diesen Gründen eiferte schon der große Cujaz [7]) gegen den *maximum errorem eorum*, wie er sich ausdrückt, *qui existimant, ob levem culcul-*

7) Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de in litem iurando.

culpam deferri iusiurandum in litem. In seine Fußstapfen traten Voodt [8]), Duaren [9]) und Anton Schulting [10]), und unter den neuern Rechtsgelehrten darf ich einen unserer ersten Civilisten, einen Adolph Dieterich Weber [11]), nicht mit Stillschweigen übergehen, den ich mit Recht jenen Triumviris an die Seite setzen kann. Man ist auch in den erschienenen neuern Versuchen über diese Lehre [12]) hiermit vollkommen einverstanden.

Hieraus erklärt sich nun auch, gegen wen der Würderungseid zuzulassen sey? Er kann nur eigentlich gegen den erkannt werden, welcher sich der dolosen Handlung schuldig machte, wodurch die Verletzung des Klägers entstand [13]). Gegen die Erben hat daher der Würderungseid in der Regel nicht Statt, es wäre denn, daß schon bey Lebzeiten des Erblassers lis contestirt, und folglich die Beschuldigung der dolosen Handlung gegen den Erblasser bereits

8) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 291.

9) Comm. ad h. Tit. Dig. n. 31. sqq. *Operum* pag. 221. sq.

10) Thes. controvers. Dec. XXXXI. Th. 6.

11) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 347.

12) S. WIRSCHINGERS Versuch einer n. Th. über das iuram. in litem §. 59. u. 60. und DRUMMERS Theorie des Würderungseides. §. 12.

13) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 14. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Tom. I. Exercit. XVII. Th. 62. not. α et β. Viele machen auch sogar in der Person der Eltern keine Ausnahme, und lassen diesen Eid selbst gegen den Landesherrn zu, weil die Gesetze keinen Unterschied machen. S. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 42—44. und Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 6.

reits vor Gericht gebracht worden [14]); oder daß sich der Erbe erst selbst der dolosen Verletzung schuldig gemacht hätte. Denn hier haftet er für seine eigene Handlung.

L. 5. Cod. b. t. Licet adversus heredes ob non factum inventarium iusiurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen datum, velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum, adversus eos ferre sententiam convenit.

Nach diesem Gesetz sollen zwar die Erben für den dolus ihres Erblassers haften, allein der Kläger muß hier seinen Schaden durch andere Beweise, als durch seinen Eid, darthun [15]).

L. 4. C. eod. Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium, caeteraque instrumenta si non proferat in litem, iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibet. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis: transferentibus vobis in heredes eius actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit, non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

Hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch überein [16]) Es ist noch zu bemerken, daß auch gegen den Bürgen wegen

14) *L. 20. D. de accusat.* S. DRUMMER in der angeführten Theorie §. 32. S. 81.

15) S. CUJACII Recitation. solemn. in Codicem ad Tit. de in litem iurando.

16) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 88. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 8.

gen des dolus desjenigen, für welchen er gut gesagt hat, das iuramentum in litem nicht Statt habe [17]). Hoc enim non debet imputari fideiussoribus, sagt **Paulus** *L.* 73. *D. de fideiuss.* quod ille propter suam poenam praestitit, pro quo fideiussit.

§. 816.

Voraussetzungen des iuramenti in litem affectionis.

Daß der Affectionswerth, wenn er auch nicht als das characteristische Merkmal des Würderungseides angenommen werden kann, doch von diesem Eide nicht auszuschliessen sey, ist schon oben gezeigt worden. Hierin stimmen auch die meisten neuern Rechtsgelehrten überein [18]), obgleich freylich einige [19]) sich sehr nachdrücklich gegen die Zuläs-

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

18) S. Joh. Heinr. Gottl. Herrmann Ueber den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt, und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. Leipzig 1798. S. 1. ff. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 347. SCHNEIDER Lehre vom rechtl. Beweise. §. 410. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtl. Beweises. 2. Th. 5. Abschn. §. 8. S. 113. und SCHOEMANS Lehre vom Schadensersatze. 2. B. S. 154.

19) S. Leonh. Gottl. Stiehler Noch etwas über den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. S. 218. ff. und J. Nic. Fr. Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon und die großherzogl. Bad. bürgerl. Gesetzgebung. 3. Band (Karlsruhe 1810.) Bemerk. 70. S. 94. Unter den ältern

Zulässigkeit des Affectionswerthes beym Würderungseide erklärt haben. Ich bleibe hier bloß bey dem Römischen Rechte stehen. Nach diesem läßt sich bey den oben angeführten deutlichen Stellen nicht mit Grund bezweifeln, daß der Beschädigte, welcher zum Schätzungseide gelassen wird, auch den Werth der besondern Vorliebe in die blos seiner Willkühr überlassene Würderung aufnehmen dürfe. Es wäre wenigstens der sonderbarste Zufall, daß nur beym iureiurando in litem, und nirgends, wo sonst von der Leistung des Interesse die Rede ist, das Object der zu bestimmenden Entschädigung in Ausdrücken bezeichnet wird, welche durch die ihnen eigne Bedeutung, man denke an das *iurare in infinitum*, in den schon oben angeführten Gesetzen, nothwendig auf etwas besonderes schließen lassen, was von dem sonst gewöhnlichen Entschädigungs-Princip abweicht. Es kommt nun aber noch auf folgende Fragen an.

1) Ist nicht durch die *L. un. Cod. de Sentent*, *quae pro eo*, *quod interest*, *proferuntur*, verboten worden, den Affectionswerth bey Bestimmung des Entschädigungs-Quantums zu berücksichtigen? Einige [20]) wollen in dieser Verordnung wirklich ein solches Verbot entdeckt haben. Justinian sagt nämlich: Sancimus, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus, et omnibus contractibus

tern Rechtsgelehrten gehört hierher *Io.* CORASIUS Miscellaneor. Lib. VI. cap. 1. et 2. den aber THOMASIUS in Diss. de pretio affectionis Cap. III. §. 6. schon widerlegt hat.

20) Unter den ältern Rechtsgelehrten vertheidigte vorzüglich diese Meinung Bartolus. Unter den neuern *Hein. Lud. Car.* EULER in Diss. sist. Observationes quasdam de eo quod interest, praes. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tubingae 1801.* §. 19.

ctibus hoc, quod intereſt, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem caſibus, qui incerti eſſe videntur, iudices, qui cauſas dirimendas ſuſcipiunt, per ſuam ſubtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perverſionibus in circuitus inextricabiles redigatur; ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro ſua impoſſibilitate cadat. Allein ſchon Hubert Giphan [21]) hat ſehr richtig bemerkt, daß dieſe Verordnung blos von dem Falle rede, wo der Richter das Intereſſe des Klägers durch ſeinen Ausſpruch ſchätzt. Hier ſoll der Richter mit aller Genauigkeit, mit allen ihm zu Gebote ſtehenden Hülfsmitteln, den Anſchlag des Klägers prüfen, und den wahren Betrag des Schadens ausmitteln. Nun wird ja aber von dem Falle, wo richterliche Schätzung eintritt, der Fall der eidlichen Würderung des Klägers ausdrücklich unterſchieden, wie aus *L.* 2. §. 1. *D.* et *L.* 2. *Cod. h. t.* ganz klar erhellet. Es kann alſo jene Verordnung hierauf nicht bezogen werden, weil man ſonſt auch eben ſo gut behaupten könnte, es ſey dadurch überhaupt der Würderungseid aufgehoben worden [22]). Mit Recht ſagt

21) Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. VII. ad L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo, quod intereſt. pag. 260.

22) Mit dieſen Grundſätzen ſtimmt auch das Preußiſche Landrecht überein, wo es Th. 1. Tit. 6. §. 94—97. heißt: Iſt der Schade aus Vorſatz oder groben Verſehen verurſacht worden, ſo muß der Beſchädigte auch zur eidlichen Beſtärkung eines höhern Werthes, nach richterlichem Ermeſſen, zugelaſſen werden. Doch darf auch dieſer höhere Werth den doppelten Betrag des von den Sachverſtändigen angegebenen mittlern

sagt daher Franz Duaren [23]), dem auch Eduard Caldera [24]) beystimmt: *Quod si* BARTOLO *et eius sectatoribus assentiamur, fateri necesse est, actorem ad rem suam vendendam, si minus iusto pretio, at certe duplo iusti pretii compelli posse, Quod quidem iniquum esse, supra testati sumus. Hinc apparet,* IUSTINIANI *constitutionem ad hunc casum non pertinere.* Und Augustin Strauch [25]) giebt die Regel: *Quotiescunque interesse provenit ex dolo adversarii, aequum est, aestimationem eius duplum excedere posse, ne alioquin contra iuris regulam ex delicto meliorem causam suam feciſſe dicatur* [26]).

2) Welches sind die Bedingungen der Würderung nach dem Werth der besondern Vorliebe?

a) Der Beschädigte muß Eigenthümer der Sache seyn.

b) Der

Werths niemals übersteigen. Ist aber von dem Werthe der besondern Vorliebe die Rede, so findet dergleichen Rücksicht auf das Verhältniß zwischen dem von den Sachverständigen bestimmten, und dem von dem Beschädigten angegebenen Werthe keine Statt. Vielmehr muß alsdann das richterliche Ermessen den von dem Beschädigten eidlich zu erhärtenden Werth nur nach der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, festsetzen und ermäßigen.

23) Commentar. ad h. Tit. Dig. num. 28. *Oper.* pag. 221.

24) Variar. Lection. Lib. IV. Cap. I. nr. 19. (in *Ger.* MEERMANI *Theſ. iuris civ. et can.* Tom. III. pag. 648.)

25) Diſſ. ad L. un. Cod. de ſentent. quae pro eo, quod inter. profer. §. 39. (*Vitemb. 1659.*) Man vergleiche auch WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſt. §. 65. p. 424.

26) *L. 134. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

b) Der Gegenstand muß an sich eine Sache von Werth, und von der Art seyn, daß sie eine Schätzung nach Affection zuläßt, sie mag eine lebendige oder leblose Sache seyn. Auch fungible Sachen, wenn man sie auch gleich insgemein von dieser Classe der Sachen auszuschliessen pflegt [27]), können zuweilen ein Gegenstand des Affectionseides seyn, insofern man nämlich nicht gerade verzehrbare Sachen darunter versteht, sondern solche Sachen, welche zwar sonst durch andere von derselben Art ersetzt werden können, allein die der Eigenthümer unter solchen Umständen besaß, daß er ihnen nach seiner Zuneigung einen mehr, als gewöhnlichen Werth, mit Grund beylegen konnte. Denn auch Perlen, Corallen, Edelgesteine können, sofern sie vertretbare Sachen sind, zu den fungiblen gerechnet werden [28]).

c) Die Affection des Klägers muß auf einem vernünftigen Grunde beruhen, welches der Richter aus der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, beurtheilen muß. Dahin gehört z. B. außerordentliche Seltenheit einer Sache, vorzügliche Achtung der Person, von der die Sache herrührt, u. d. Eine blos wollüstige Zuneigung kann keinen solchen Affectionswerth begründen, weshalb der Richter auf den Eid erkennen dürfte. In dieser Hinsicht sagt **Ulpian** *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* mit Recht: In arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.

27) S. *Christ.* THOMASII Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701.*

28) S. den II. Th. dieses Commentars §. 778.

d) Die Verletzung des Klägers muß durch Ungehorsam des Beklagten in Herausgabe der Sache oder sonst durch eine dolose Handlung des Beklagten verursacht worden seyn [29]). **Ulpian** *L.* 1. und **Marcellus** *L.* 8. *D. h. t.* reden ausdrücklich nur von einer contumacia non restituentis, wenn sie dem Kläger das Recht gestatten, die ihm vorenthaltene Sache blos nach seiner Willkühr ultra rei pretium zu würdern. Daß aber auch der Dolus, wodurch sich der Beklagte außer Stand gesetzt hat, die Sache zu restituiren, den Kläger berechtige, sine ulla taxatione *in infinitum* zu schwören, lehrt ebenfalls **Ulpian** *L.* 68. *D. de rei vindicat* [30]). Endlich

e) muß auch dem Richter schon bewiesen seyn, was denn eigentlich dem Kläger restituirt werden müsse.

§. 817.

29) S. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. Cap. 1. nr. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 648. und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 16.

30) Diese Grundsätze bestätiget auch das **Preußische Landrecht** 1. Th. 6. Tit. §. 87. wo es heißt: „Für den Werth der besondern Vorliebe haftet der Beschädiger nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist." Wir haben hier zugleich einen wichtigen Beweis für den heutigen Gebrauch des iuramenti in litem affectionis, welchen einige mit MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. 1. Obs. 331. ohne Grund bezweifeln. Man sehe vielmehr **Rettelbladts** Versuch einer Anleitung zur pract. Rechtsgelahrheit §. 398. **Claproths** bürgerl. Proceß 2. Th. §. 444. und THIBAUT Syst. des P. R. 3 B. §. 1166. a. E.

§. 817.

Ueber die Bestimmung der Gränzen des Würderungsrechts nach Affection. Was heißt *in infinitum* iurare? Was *in immensum?* Scheinbarer Widerspruch zwischen *L. 68. D. de Rei vindic.* und *L. 4. §. 2. D. h. t.*

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß bey der Bestimmung des Affectionswerthes keine gewisse Taxe Statt haben könne. In dieser Hinsicht sagt **Ulpian** [31]) ganz recht, daß es hier dem Kläger erlaubt sey, *in infinitum* zu schwören, und zwar sogar *sine ulla taxatione* [32]), weil hier, wie auch **Marcellus** [33]) bemerkt, die Schätzung einzig der Willkühr des Klägers überlassen werden muß. Gleichwohl lehrt **Ulpian** [34]): Officio iudicis debet *taxatione iusiurandum refrenari*; der Richter könne daher *modum iuriiurando statuere*, ut *intra certam quantitatem* iuretur, ne, arrepta occasione, *in immensum* iuretur [35]). Sollten denn diese Stellen nicht in einem offenbaren Widerspruche stehen? Die Bestimmung des Werths soll dem arbitrio actoris, und doch auch dem arbitrio iudicis überlassen seyn; soll taxatione iudicis, und auch sine ulla taxatione geschehen; der Kläger soll nicht in immensum, aber er soll doch in infinitum schwören dürfen! Die Ausleger haben hierbey viel Schwierigkeiten gefunden. Die Glosse resolvirt den Widerspruch so, das Gesetz bestimme dem Kläger keine Taxe, sondern erlaube

31) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

32) *L. 68. D. de Rei vindicat.*

33) *L. 8. D. h. t.*

34) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

35) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

laube ihm so hoch zu schwören, als er wolle; das heiße *sine ulla taxatione in infinitum iurare*, wovon *L.* 68. *D. de Rei vind.* spreche. Allein der Richter könne eine gar zu übertriebene Schätzung durch Festsetzung einer gewissen Summe, das iurare *in immensum*, beschränken. Anton Faber [36]) hält hingegen die ganze *L.* 68. für einen Tribonianismus; er meint, man müsse sie als eine imperatoria constitutio ansehen, in cuius interpretatione quaerendum sit, non quid ratio iuris suggerat, sed quid legislatoris voluntas constituat. Das Resultat seiner Erklärung geht nun dahin: Non puto dubitandum, quin ita ius constitutum videri debeat, *ut nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur, qui rem petitori adiudicatam dolo desiit possidere.* Also die Entscheidung der *L.* 68. beschränke sich blos auf den Fall, wenn sich der Beklagte des Besitzes der Sache boshaft entäußert hat, zu dessen Herausgabe er war verurtheilt worden. Hier finde keine richterliche Ermäßigung Statt. Ulrich Huber [37]) trägt zwar Bedenken, die ganze Stelle für ein Emblem zu halten; allein die Worte *sine ulla taxatione* scheinen ihm wenigstens ein unächter Zusatz zu seyn, welchen er einer durch Unwissenheit in den Text aufgenommenen Randglosse zuschreibt. Allein mit Recht hat schon Wilhelm Masius [38]) bemerkt, daß durch die *L.* 68.

36) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 17. pag. 580.

37) Eunom. Rom. Lib. VI. ad L. 68. D. de Rei vind. §. 9. pag. 315. et Lib. XII. ad L. 4. et 5. D. de in lit. iur. p. 496.

38) Tr. de rei debitae aestimatione (*Lovanii 1653. 4.*) P. II. Cap. XVI. n. 6. et 7. pag. 95.

L. 68. die richterliche Taxation nicht ausgeschlossen werde. Quare magis est, sagt er, ut dicamus, id, quod ULPIANUS ait: *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandum esse*; ita esse accipiendum, ut idem contineat, quod *L.* 4. *D. de in lit. iur.* fuit responsum, licere scilicet in infinitum iurare; et cum ita iuratum fuerit, absque eo, quod iudex in deferendo huiusmodi iuramento taxationem adjecerit, debere iudicem iuramentum huiusmodi, quod in infinitum sine ulla taxatione factum fuit, in condemnatione sequi, nec debere minoris condemnare. *Itaque* ULPIANI *sententia non in eo versatur, ut praescriberet modum iurandi, sed definiret, condemnationem debere esse conformem iuramento.*

Auch Leyser [39]) meint, daß die angeführten Stellen wohl zu vereinigen wären. Die *L.* 68. sey freylich an sich mangelhaft, sie erhalte aber durch die *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* ihren richtigen Sinn, und müsse daraus ergänzt werden. Der in den Gesetzen vorkommende Ausdruck: *in infinitum*, habe nicht die Bedeutung von etwas Gränzenlosen, dies heiße *immensum*, sondern er bezeichne nach dem Sinne jener Gesetze ein Etwas, dessen Größe in keinem Gesetz bestimmt werden kann. Nach der *L.* 68. sey es nun zwar dem Kläger erlaubt, wider denjenigen, welcher sich des Besitzes der Sache, zu deren Herausgabe er war verurtheilt worden, arglistig entäußert hat, in infinitum, d. i. ohne bestimmte Schranken der Schätzung, in litem zu schwören; allein der Richter könne nach *L.* 4. *h. t.*

39) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 3.

dem Schwörenden nach seinem billigen Ermessen ein gewisses Ziel setzen, und das zu beschwörende Quantum moderiren; und wenn er von dem Gegenstande der Schätzung keinen ausreichenden Aufschluß in den Acten findet; so müsse er deshalb eine Beaugenscheinigung der Sache anstellen, und bey der Ermäßigung Sachverständige zu Rathe ziehen.

Aller Widerspruch fällt weg, wenn man mit DRUMMER [40]) die Grenzen der Concurrenz zweyer Functionen, der des Richters, und der des Klägers unterscheidet. Dem Kläger steht es zwar frey, die Sache nach seiner Neigung, in infinitum [41]) das ist, so hoch zu schätzen, als er will; und solang diese Würderung einer humanen Affection entspricht, muß es der Richter dabey lassen, und den Beklagten zu dem verurtheilen, was der Kläger auch ohne richterliche Taxation bloß durch seinen Eid erhärtet hat, wie *L.* 68. sagt [42]). Allein sollte der Kläger seine Forderung übertreiben, und die Gränzen einer humanen Affection dergestalt überschreiten, daß seine Schätzung nach allen Erfahrungssätzen schlechterdings nicht gerechtfertiget werden kann; so steht es dem Richter zu, ein Maximum, d. i. jenen letzten Grad des Preises zu fixiren, jenseits dessen

40) Theorie des Würderungseides. §. 17.

41) Die Worte *in infinitum* deuten blos auf etwas Unbestimmtes hin, dessen Uebertreibung durch richterliche Moderation in die Schranken einer vernünftigen Schätzung zurückgeführt wird. *Fr.* DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. nr. 27. hat dies aus vielen Stellen erwiesen. S. auch BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Infinitus.*

42) Vergl. *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. 1. nr. 19.

dessen die Schätzung des Klägers in Ungerechtigkeit ausarten würde. Daher sagt **Ulpian** *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* Arbitrio bonae fidei iudicis hoc congruit, taxationem iuriiurando adjicere, ne, arrepta occasione, *immensum* iuretur; oder wie er sich an einem andern Orte [43]) ausdrückt: Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari [44]).

§. 818.

Das iuramentum in litem veritatis ist keine Art von Erfüllungseide. Unterschied vom iuramento quantitatis.

Soviel hiernächst das iuramentum in litem veritatis anbetrift, so will **Hellfeld** dasselbe für nichts anders, als eine Gattung des Erfüllungseides halten, welches alsdann Statt finde, wenn zwar die Forderung des Klägers an sich unbestritten, allein die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist. Allein man darf nur die von ihm angeführten Gesetzstellen [45]) vergleichen, so wird man sich überzeugen, daß darin von dem iuramento in litem gar nicht die Rede sey. Offenbar wird hier das iuramentum quantitatis mit dem Würderungseide verwechselt. Denn jenes ist eine Art des Erfüllungseides, mittelst dessen der Gläubiger, wenn desselben Forderung von dem Schuldner entweder an sich nicht geläugnet wird, oder schon sonst hinlänglich bewiesen ist, und nur über die Größe derselben ein Streit obwaltet, zur eidlichen Erhärtung der letztern gelas-

43) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

44) S. diesen Commentar Th. 8. §. 586. S. 209. Not. 17.

45) *L. 1. §. 40. D. depositi. Cap. 32. X. de iureiur.*

gelassen wird [46]). Es erhellet dies nicht nur aus den Worten der *L.* 1. §. 40. *D. depositi:* Salvo eo, ut si *de quantitate ponderis* incertum est, iuranti succurratur; sondern es ist noch deutlicher aus dem *cap.* 32. *X. de iureiur.* zu ersehen, wo es heißt: Ex litteris vestris accepimus, quod super causa usurarum vobis pro G. contra E. ab apostolica sede commissa, non potuit per testes, ab ipsius G. parte productos, *de sortis quantitate liquere*, licet de obligatione pignoris constitisset: unde expedire videtis, quod exigatur de dicenda veritate a partibus iuramentum, cum ex fama quasi notorium, praefatum E. ex quadam terra ipsius G. sibi titulo pignoris obligata, sortem et amplius percepisse. Ne igitur ex huiusmodi iuramenti defectu iustitia, occulta veritate, succumbat; mandamus, quatenus (si est ita) partes ad praestandum huiusmodi iuramentum per censur. eccles. remota appellatione cogatis. Dieser Eid setzt also voraus,

1) daß die Forderung des Klägers an sich ihre Richtigkeit habe, und nur blos über die Größe oder die eigentliche Summe der Forderung gestritten werde. Wäre also die Forderung selbst noch zweifelhaft, so kann der Gläubiger nicht zu diesem Eide gelassen werden, sondern er muß seine Forderung sowohl an sich, als deren Größe gehörig beweisen.

2) Daß

46) Von diesem Eide handeln Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 35. von Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Bem. 30. und Theod. Hagemann in den practischen Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band 4. Erört.

2) Daß es an andern Beweisen fehle, um die Größe der Schuld mit Zuverlässigkeit darzuthun.

3) Daß der Mangel der nöthigen Beweise nicht dem eigenen Verschulden des Gläubigers beyzumessen sey.

4) Die angegebene Summe an sich nicht unwahrscheinlich sey, vielmehr alle Umstände und Muthmasungen dem Kläger in Ansehung der angegebenen Größe seiner Forderung beystimmen; und endlich

5) daß der Gläubiger von unbescholtenem Character sey, wider welchen kein Verdacht wegen eines etwa zu begehenden Meineides streitet. Dieser Eid hat auch gegen die Erben des Schuldners Statt. Denn er ist nicht, wie der Würderungseid, als eine poena doli anzusehen, sondern gründet sich in der Billigkeit, damit nicht der Kläger wegen bloßen Mangels sonst gewöhnlicher Beweismittel seine an sich unbestrittene Forderung verliere.

§. 819.

Iuramentum *Zenonianum*. Teutscher Minderungseid.

Noch ist von einer besondern Eidesart zu handeln übrig, welche von ihrem Urheber, dem Kaiser Zeno, der Zenonische Eid genennt, und von demjenigen, der durch Gewaltthätigkeit des Andern einen Schaden an seinen Sachen erlitten hat, geleistet wird [47]). Ueber die Natur dieses Eides sind eben-

47) Von diesem Eide haben vorzüglich gehandelt *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVIII. Err. 8. *Balthas.* STEUDNER in Diss. de sacramento Zenoniano. *Altorfii 1682.* *Casp. Henr.* HORN Diss. de eod. argum. *Vitemb. 1701.* und besonders *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observation. ad *Christinaei*

ebenfalls die Rechtsgelehrten getheilter Meinung. Einige [48]) halten den Zenonianischen Eid für eine bloße Art des Schätzungseides, und finden den Unterschied lediglich in einer gewaltsamen Ablation. Andere [49] sehen ihn als eine von dem Würderungseide ganz verschiedene und besondere Eidesart an. Noch andere [50]) behandeln diesen Eid zwar als eine Unterart des Schätzungseides der Wahrheit, bemerken aber doch, daß in dem Wesen des Zenonianischen Eides selbst zwey Eide verborgen lägen, der eine bezwecke nämlich die Größe und Anzahl der verlohrnen Sachen; der andere hingegen den Grad oder das Maas der Schätzung. Dagegen behaupten andere [51]), daß dieser Eid kein bloßes iuramentum veritatis sey, sondern auch auf das lucrum cessans und pretium affectionis gerichtet werden könne. Endlich glaubt Wirschinger [52]), daß der Zenonianische Eid

naei Decision. Vol. I. Obs. 59. und *Ferd. Gotth.* FLECK in Diss. II. de remedio spolii. *Lipsiae 1797.*

48) DORN in Diss. de iureiur. in litem, pretii adfect. figmento liberato. §. 60. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 7. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 73. p. 286. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

49) STEUDNER cit. Diss. HORN cit. Diss. REINHARTH ad *Christinaeum* c. l. pag. 152. *Ant.* FABER c. l. und Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571. Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 40. S. 448. und DRUMMER Theorie des Würderungseides. § 33.

50) Müller im Versuch über den Schätzungseid §. 14. u. 15. und WERNHER in lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

51) WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praest. §. 65. not. 3. pag. 409.

52) Versuch einer n. Theorie über das I. in lit. §. 84.

Eid gar nicht als besondere Eidesart bestehe, sondern mit dem iuramento in litem eins sey, überdies aber durch die spätern Bestimmungen Justinians in seiner neuern Verordnung [53]) nunmehr den Anstrich einer bereits antiquarischen Modification gewonnen habe. Alles kommt auf das Grundgesetz des Zenonianischen Eidschwurs [54]) selbst an, welches wörtlich also lautet:

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta, pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare, et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

Fast unverändert ist diese Constitution auch in das Canonische Recht [55]) aufgenommen worden, welches sich auf folgende Art ausdrückt:

Super

53) *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod int. profer.*

54) *L. 9. Cod. Unde vi.* Einige Rechtsgelehrten, z. B. LEYSER c. l. und Müller a. a. O. §. 14. glauben, dieser Eid habe seine Existenz schon lange vor dem Kr. Zeno gehabt, und durch denselben nur deutlichere Bestimmungen erhalten. Sie berufen sich deshalb auf *L. 18. pr. D. de dolo malo* und *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.* Allein man findet diese Meinung ausführlich widerlegt in REINHARTHS Observat. select. ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 59. Der Irrthum liegt darin, daß sie den Zenonianischen Eid für ein bloßes iuramentum in litem gehalten haben, welches er doch nicht ist.

55) *Cap. fin. X. de his, quae vi metusve causa.*

Super eo, quod adverſarius veſter ſe cónquerebatur a vobis per violentiam ſpoliatum, arbitramini contra vos iniuſte proceſſum, cum non niſi proprio iuramento probaverit ſingula, quae amiſit. Verum poſtquam de violentia per teſtes, et de amiſſis rebus per ipſius conſtiterit ſacramentum: potuit iudex taxatione ab ipſo facta, pro perſonarum ac negotii qualitate, vos in aeſtimatione rerum amiſſarum, iuramento adverſarii declarata, rationabiliter condemnare.

Prüfen wir nach dieſen geſetzlichen Verordnungen den Zenonianiſchen Eid näher, ſo wird es nicht ſchwer ſeyn, Eigenheiten zu entdecken, welche dieſen Eid als eine beſondere, von dem iuramento in litem ganz verſchiedene Eidesart, darſtellen. Er ſetzt nämlich

1) auf Seiten des Klägers einen durch die gewaltſame Handlung des Beklagten erlittenen Verluſt voraus. Dieſe Gewaltthätigkeit muß zuvor von dem Kläger gehörig erwieſen werden, wenn dieſelbe nicht etwa durch das eigene Geſtändniß des Beklagten außer Zweifel geſetzt iſt. Der Eid ſelbſt kann darauf nicht gerichtet werden. Das Geſetz ſagt ausdrücklich: *Si quando* VIS *in iudicio fuerit patefacta.* Den Würderungseid hingegen kann ein jeder erwieſener dolus, ja ſchon eine culpa lata des Beklagten begründen.

2) Der Kläger muß die einzelnen Gegenſtände ſeines Verluſtes nicht zu erweiſen im Stande ſeyn. Das Geſetz ſagt: Si *non potuerit, qui vim ſuſtinuit, ſingula, quae perdidit, comprobare.* Kann alſo der Verluſt auf andere Art erwieſen werden, ſo wird der Kläger zu dieſem Eide nicht ge-

gelassen [56]). Der Zenonianische Eid characterisirt sich demnach als ein blos subsidiarisches Beweismittel. Dahingegen hat der Würderungseid Statt, wenn auch der Werth des streitigen Gegenstandes auf andere Art erwiesen werden könnte.

3) Der Zenonianische Eid dient nicht blos zur Ausmittelung des Werths der verlohrnen Sachen, sondern entscheidet auch über den Verlust selbst. Diese Eigenschaft, welche in den Worten des *cap. fin. X. de his, quae vi metusve causa*: Postquam de violentia per testes, et *de amissis rebus per ipsius constiterit sacramentum*, potuit iudex, taxatione ab ipso facta, — vos *in aestimatione rerum amissarum*, *iuramento adversarii declarata*; condemnare, so deutlich ausgedrückt wird, zeichnet den Zenonianischen Eid, als eigene Eidesart, wesentlich aus, und unterscheidet ihn unverkennbar von dem iuramento in litem, welches blos den Werth der geforderten Sache betrift, alles andere aber, als bewiesen, voraussetzt [57]). Dieses wahre Verhältniß der Sache klärt Anton Faber [58]) sehr richtig auf, wenn er sagt: Non tractat *L.* 9. *C. unde vi* de iureiurando, quod interponatur ad aestimandam rem debitam, sed *ad probandam quantitatem rerum per vim subtractarum*: quod aliud iurisiurandi genus est, veteribus Iureconsultis incognitum, *et ea primum Constitutione introductum.* Antea enim probandum erat per testes, quid quantumque sub-

56) S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 93.

57) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 40. S. 448.

58) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571.

ſubtractum fuiſſet, quamvis eo probato, quanti res furtiva tempore furti valuiſſet, ex ipſius actoris iure-iurando aeſtimaretur. *L.* 9. *D. de in lit. iur.* Hodie vero *ipſa etiam rerum ſubtractarum et amiſſarum quantitas per iusiurandum probari poteſt*: hoc tamen ex iure veteri retento, ut probatione quantitatis ſic facta, *poſſit aeſtimatio probari per iusiurandum*, quemadmodum et ſi ſpecies debita poſt moram peremta proponeretur. Nec tamen duplex iusiurandum hoc caſu interponendum eſt, unum ad probandam quantitatem et qualitatem rerum ſubtractarum, alterum ad probandam earum aeſtimationem: ſed placet unum ſufficere, adeoque temperandum et refrenandum per iudicem ab initio taxata quantitate, ad quam usque iurare concedatur: quia facile alioquin res abiret in infinitum, ſi actori pro arbitrio et ex adfectione permitteretur iurare non ſolum de rerum debitarum aeſtimatione, ſed etiam de ipſarum quantitate. Eben dieſen Unterſchied zwiſchen dem Zenonianiſchen und dem alten Würderungseide zeichnet auch beſonders Hugo Donellus [59]) aus, wenn er ſagt: Nam ſi is, qui deiectus eſt, quaedam in ea vi ſibi erepta, aut amiſſa, aut corrupta eſſe dicat, et damnum ad certam ſummam aeſtimet; placet huic iuranti credi non ſolum de aeſtimatione earum rerum, quas prius fuiſſe, ac per vim amiſſas eſſe conſtabit, *ſed etiam de ipſis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat, ſe prius habuiſſe, aut cum haberet, per eam cauſam amiſiſſe.* — Iusiurandum autem in litem *de aeſtimatione ſcilicet rei petitae*, quam rem prius praeſtari

59) Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 6.

ſtari debere conſtat, ſolum veteribus cognitum, prius introductum eſt conſtitutione *Zenonis* adverſus eum, qui vi aliquem de poſſeſſione deiecit. Und Reinharth [60]) zieht hieraus die ganz richtige Folge: Quod pinguius ſit hoc noſtrum illo in litem iureiurando, quippe in hoc poſteriori pretium, ſive aeſtimatio tantum rei per vim ablatae ſive extortae, vel alia ratione extinctae, non item *ipſa eiusdem damni exiſtentia* reſpicitur, atque, ut de re ipſa aliunde iam conſtet, praeſupponitur. Dieſe wichtige und weſentliche Differenz iſt in den neuern Verſuchen, beſonders von Drummer, ganz überſehen worden.

4) Der Richter muß hier immer den Betrag des Schadens nach der Beſchaffenheit der Perſonen und des Vorfalls taxiren, und ein Maximum beſtimmen, welches der Kläger nicht überſchreiten darf [61]). Der Eid der Würderung aber kann auch zuweilen nach *L.* 68. *D. de rei vind.* ohne vorgängige richterliche Taxation geſchworen werden. Ueberhaupt war hier die Schätzung mehr dem Gut-

60) Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaei* Deciſ. Vol. I. Obſ. 59. nr. 13.

61) Die Formel der Sentenz, wenn auf den Zenonianiſchen Eid erkannt wird, lautet insgemein alſo: Daß die angegebenen Schäden auf 150. Rthlr. zu moderiren, immaſſen wir ſie auf ſo hoch ermäßigen. Würde nun Kläger vermittelſt Eides erhärten, daß die angegebenen Schäden ihm wirklich zugefügt worden, und unter obige moderirte Summe ſich nicht belaufen; ſo iſt Beklagter ſolche Summe dem Kläger zu erſtatten ſchuldig. S. BERGERI Electa Diſceptat. forenſ. Tit. 31. Obſ. 3. und REINHARTH Obſervat. ſelect. ad *Chriſtinaeum* Vol. I. Obſ. 59. nr. 27. p. 153.

dünken des Klägers überlassen, und diese Ungebundenheit des Klägers in der Würderung characterisirte vorzüglich das Wesen des Würderungseides. Es leidet übrigens

5) keinen Zweifel, daß der Kläger bey dem Zenonianischen Eide das volle Interesse, und mithin auch das lucrum cessans, in Anschlag bringen könne, insofern es eine unmittelbare Folge des positiven Schadens ist. Es hat auch der Zenonianische Eid das mit dem Würderungseide gemein, daß die Eidesdelation vom Richter geschieht, also dieser Eid ebenfalls zu den nothwendigen Eiden gehört, und eben so ist in beyden Eiden das schwörende Subject der Kläger.

Von ganz entgegengesetzter Art ist hingegen der, blos in Sächsischen Rechten gegründete, sogenannte Minderungseid (*iuramentum minorationis*) [62]. Zu diesem wird der Beklagte zugelassen, welcher den Schaden gestiftet hat. Der Kläger schätzt hier den gewaltsam erlittenen Schaden ohne Eid, und verlangt von dem Beklagten, daß derselbe die angegebene Summe bezahle, oder solche durch seinen Eid verringere. Der Richter muß aber auch auf diesen Eid erkennen [63]. Schilter [64] leitet den Ursprung desselben aus den alten deutschen Sitten her. Es wird aber jedem von selbst einleuchten, daß dieser Eid seiner Natur nach nie allgemein werden, oder bleiben konnte.

62) S. *Christ. Iust.* WIEDEBURG Diss. de iuramento minorationis. *Ienae 1757.*

63) S. Deltzens Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 282. S. 436. f.

64) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIII. §. 62. sqq.

konnte. Denn es ist fast nur eine Stimme, daß der Minderungseid auf keine Weise sich rechtfertigen lasse, ohne mit der Vernunft und Gerechtigkeit in Widerspruch zu gerathen [65]). Er ist daher auch in den neuern Sächsischen Prozeßordnungen ausdrücklich aufgehoben [66]), und statt desselben der weit vernünftigere Zenonianische Eid eingeführt worden [67]).

* * *

Für eine Art des iuramenti in litem hält man gewöhnlich auch das *iuramentum expensarum*, wodurch der gewinnende Theil bey einem Rechtsstreite das Quantum seiner aufgewandten außergerichtlichen Kosten in dem Falle bekräftiget, da er dieselben durch Quittungen, oder auf andere Art nicht beweisen kann [68]). Justinian gedenkt dieses Eides *L.* 13. §. 6. *Cod. de iudic.*, wo er sagt:

Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa: omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, *quantum pro solitis expensis litium iuraverit.*

Allein

65) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 5. Abschn. §. 8. S. 114. f.

66) S. Müllers Versuch über den Schätzungseid §. 17. S. 72. und Oeltze a. a. O. Not. e. S. 439.

67) Man läßt diesen Eid auch bey ungerechten Pfändungen zu, welche die Natur eines Spoliums haben. S. GAIL de Pignorat. Obs. 18. und LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 8.

68) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. num. 384. und Müller über den Schätzungseid §. 20.

Allein dieser Eid qualificirt sich vielmehr zum iuramento suppletorio quantitatis[69]), und ist überhaupt nicht sehr gebräuchlich, indem der Richter gewöhnlich die ihm übergebene Liquidation der Kosten nach der Billigkeit ermäßiget [70]).

69) Martins Lehrbuch des bürg. Processes §. 221. Not. n.

70) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 6.

Verbesserungen und Zusätze.

S. 56. Ueber die *L. 16. Cod. Si certum petatur.* hole hier noch die Erklärung Püttmanns in Var. iuris civ. Capitib. (*Lipsiae 1766.*) Cap. 5. nach. Dieser läugnet, daß es den Praesidibus provinciae nach diesem Gesetz verboten gewesen sey, Geld zu borgen. Sie hätten zwar kein Darlehn geben, wohl aber aufnehmen können. Dies beweise sowohl die *L. 34. D. de reb. credit.* als das Zeugniß des Harmenopulus in *Promtuar. iur. civ.* Lib. III. Tit. 5. §. 2. wo er sagt: Οἱ ἄρχοντες, ἐν ταῖς ἐπαρχίαις, αἷς ἄρχουσι, κωλύονται δανείζειν, καὶ τοκίζειν, καὶ πραγματεύεσθαι: αὐτοὶ δὲ μᾶλλον ἐπί τοῦτω παρ ἑτέρου δανείζονται: οἱ δὲ ἐις τὰς ὑπ' αὐτὰς τάξεις καὶ δανείζουσι καὶ τοκίζουσιν. i. e. *Praesides in iis, quas regunt, provinciis, mutuam dare pecuniam, foenus exercere, et negotiari prohibentur, sed ipsi potius ab aliis foenebrem sumunt pecuniam. Qui vero his subsunt magistratus, et mutuam et foenebrem dare nihil prohibentur.* Der Grund, warum die Präsides der Provinzen keine Gelder ausleihen durften, sey der gewesen, damit sie nicht unter dem Vorwande geliehenen Geldes improba lucra von den Provinzialen erpressen möchten. Dieser Grund fiel weg, wenn sie selbst Gelder aufnahmen, weil sie dadurch nicht andere, sondern sich selbst verbindlich machten. Dies sey durch

die

die *L. 16. C. Si certum petatur* nicht abgeändert worden. Denn die Worte: *Si in provincia fuerit versatus*, giengen nicht auf den iudex, sondern auf den Darleiher, und wären so zu erklären: *Si, qui iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, in provincia fuerit versatus quasi emtor legum atque provinciae*, i. e. ut, obligato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque provinciam nundinetur.

S. 107. Not. 56. sind noch hinzuzufügen der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band. Medit. 273.

S. 248. Z. 14. ist statt erhält, enthält zu lesen.

S. 354. Not. 39. Z. 5. muß statt quae *quei* und

— — — — Z. 6. statt de iuraverit *deiuraverit* gelesen werden.

S. 360. Not. 64. ist hinzuzufügen §. 50.

— — Not. 65. ließ statt doctor, *Doctrina.*

— — Not. 67. statt L 18. 118.

S. 362. Not. 75. statt LINGENBROG l. LINDENBROG.

S. 363. Not. 78. ist noch hinzuzufügen *Ge. Henr.* AYRERI Progr. de fiscalibus calumniis iudicisque circa illas eiurandas arbitrio. *Goett. 1747.*

S. 368. Z. 2. ist statt nach noch zu lesen.

S. 375. Z. 17. vergleiche man noch über die Bedeutung des Worts *inopia Iac.* PERIZONII Animadversion. histor. (*Altenburgi 1771. 8.*) Cap. V. pag. 199.

S. 419. Not. 37. ist nach *van de* WATER noch hinzuzufügen *Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. 1. nr. 25. in *Ger.* MEERMANI *Thesauro nov. iuris civ. et canon.* Tom. III. p. 651.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97.
3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preußische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798.
12 gr 45 kr

Benfen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Benfen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geschichte der teutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788—89. (à 10 gr od. 40 kr)
1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808.
2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97.
3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preußische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798.
12 gr 45 kr

Bensen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802.
2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Bensen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geschichte der teutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788—89. (à 10 gr od. 40 kr)
1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808.
2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97.
3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preußische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798.
12 gr 45 kr

Bensen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Bensen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geschichte der teutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788—89. (à 10 gr od. 40 kr)
1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808.
2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm in Erlangen

die um beygesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

Abicht, Joh. Hch., die Lehre von Belohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97.
3 Rth 8 gr 5 fl

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Servis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preußische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798.
12 gr 45 kr

Bensen, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 kr

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 kr

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Heinr. Bensen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 kr

— — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl

Beyträge zur Geschichte der teutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788—89. (à 10 gr od. 40 kr)
1 Rth 16 gr 2 fl 40 kr

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806—808.
2 Rth 16 gr 4 fl

(1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 kr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 kr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 kr)

Schott, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial- Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 kr.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 12,2

Erlangen (1810)

J.rom.c. 137-12,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565396-8
VD18 90225031